

Beweisrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes bei allgemeinen oder für
den Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen im italienischen und
deutschen Recht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades

der juristischen Fakultät
der Universität Regensburg

vorgelegt von

Cora Steinringer

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Henrich
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Dezember 2002

INHALTSVERZEICHNIS

TEIL 1 – GRUNDZÜGE DES BEWEISRECHTS IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN

	Seite
I. Einleitung	1
II. Grundbegriffe des Beweisrechts	3
III. Die Beweislast	5
1. Die Verteilung der Beweislast	6
a) Art. 2697 c.c. und die Grundregel der Beweislast nach der Rosenberg'schen Normtheorie	6
b) Die Zuordnung der anspruchsbegründenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatsachen anhand der Normstruktur	7
c) Das Problem der rechtshindernden Tatsachen	11
d) In Deutschland diskutierte abweichende Prinzipien der Beweislastverteilung	15
2. Die objektive Beweislast und ihre Abgrenzung zur subjektiven Beweislast	16
a) Die deutsche Lehre	17
aa) Die subjektive Beweislast	17
bb) Die objektive Beweislast	18
b) Die italienische Lehre	19
3. Beweislastentscheidung im Falle des <i>non liquet</i>	20
a) Die Lehrmeinungen in Deutschland	21
b) Die Lehrmeinungen in Italien	23
IV. Beweislastumkehr und Beweiserleichterungen	25
1. Einfluß auf die Verteilung der Beweislast	26
a) Beweislastumkehr	26
aa) Begriff der (echten) Beweislastumkehr / <i>inversione dell' onere della prova</i>	26
bb) Möglichkeiten einer Beweislastumkehr	27
b) Vermutungen	30
2. Einfluß auf die Beweiswürdigung	30
a) Begriff der Beweiserleichterung	30
b) Möglichkeiten einer Beweiserleichterung	31
V. Vermutungen	32
1. Begriff und Arten der Vermutung	33
2. Historische Entwicklung der Vermutungen	35
a) Antike – Römisches Recht	35
b) Mittelalter	41
aa) Glossatoren	41
bb) Prozeßschriftsteller	43
cc) Konsiliatoren oder Postglossatoren	45
c) Neuzeit	46

d) 17./18. Jahrhundert	49
e) Die Lehre des 19. Jahrhunderts	50
f) Zusammenfassung	52
3. Auswirkungen der Vermutungen auf die Beweislast	53
a) Unwiderlegbare Vermutungen	53
b) Tatsächliche Vermutungen	53
c) Widerlegbare Vermutungen	55
VI. Beweislastumkehr und Beweiserleichterungen der Rechtsprechung	57
1. Beweislastumkehr	57
2. Beweiserleichterung im Form des Anscheinsbeweises	60
VII. Exkurs: Indizienbeweis / <i>prova indiziaria</i>	63
VIII. Ergebnis	64

TEIL 2 – DIE RICHTLINIE 93/13/EWG

I. Der Erlass der Richtlinie	66
II. Das Ziel der Richtlinie	71
III. Die Richtlinie als Bestandteil europäisierten (Verbraucherschutz)Rechts	74
IV. Der Inhalt der Richtlinie	76
1. Persönlicher Anwendungsbereich	76
2. Sachlicher Anwendungsbereich	78
a) Individuell ausgehandelte Klauseln	80
b) Vorformulierte Klauseln	83
c) Vertragsgegenstand	90
3. Die Inhaltskontrolle nach Art. 3 und 4	91
4. Die Bedeutung des Anhangs für die Mißbrauchskontrolle	93
5. Art. 6 Absatz 1 der Richtlinie	97
6. Die verfahrensrechtlichen Regelungsmöglichkeiten	98
7. Die übrigen Regelungen der Richtlinie	104
V. Die Verteilung der Beweislast	106
1. Das Individualverfahren	106
a) Verbrauchervertrag	108
b) Nicht im einzelnen ausgehandelte Vertragsklauseln	110
aa) Art. 3 Abs. 2 Satz 1	111
bb) Art. 3 Abs. 2 Satz 3	114
cc) Zusammenspiel von Satz 1 und Satz 3	117
c) Verursachung eines Mißverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten des Verbrauchers entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers	121
d) Art. 3 Abs. 3	124
2. Das Verbandsklageverfahren	124

TEIL 3 – DIE UMSETZUNG DER RICHTLINIE IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN

I.	Die Umsetzung der Richtlinie in beiden Staaten	129
1.	Der deutsche Weg der Umsetzung	129
2.	Der italienische Weg der Umsetzung	131
3.	Verhältnis der alten zu den neuen Bestimmungen	132
II.	Die Bestimmungen der Umsetzungsgesetze im Verhältnis zur Richtlinie	134
1.	Die deutsche Umsetzung der Richtlinie	134
2.	Die italienische Umsetzung der Richtlinie	137
a)	Allgemeine Vorbemerkung	137
b)	Der sachliche Anwendungsbereich	138
c)	Die Konzeption des Umsetzungsgesetzes	139
d)	Der persönliche Anwendungsbereich und das Problem der Drittklauseln	142
e)	Die Inhaltskontrolle	147
f)	Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klauseln	150
g)	Die Verbandsklage	154
h)	Sonstige Regelungen	157
aa)	Die Beweislastregelung in Art. 1469 <i>ter</i> Abs. 5 c.c.	157
bb)	Der Schadensersatzanspruch des Unternehmers (Art. 1469 <i>quinquies</i> Abs. 4 c.c.)	158
i)	Bereits erfolgte Änderungen des Umsetzungsgesetzes	160
aa)	Art. 1469 <i>bis</i> Abs. 1 c.c.	161
bb)	Ausschluß der Interpretation zugunsten des Verbrauchers im Verbandsklageverfahren	163
cc)	Änderung von Art. 1469 <i>quinquies</i> letzter Absatz c.c.	164
3.	Die Regelung des c.c. im Vergleich zum deutschen AGBG	164
a)	Der sachliche Anwendungsbereich	164
b)	Der persönliche Anwendungsbereich und das Problem der Drittklauseln	166
c)	Inhaltskontrolle	170
aa)	Die Generalklausel	170
bb)	Die Klausellisten	175
cc)	Die Umsetzung von Art. 4 der Richtlinie	177
d)	Die Auslegungsregeln	180
e)	Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit	184
f)	Verbandsklage	186
g)	Sonstige Regelungen	187
aa)	Schadensersatzanspruch nach Art. 1469 <i>quinquies</i> c.c.	187
bb)	Regelung des anwendbaren Rechts	187
4.	Zusammenfassung	191

TEIL 4 – BEWEISRECHTLICHE BETRACHTUNG (INDIVIDUALVERFAHREN)

I.	Prozesssituationen	193
1.	Klagearten	193
2.	Beispiele	195
3.	Auswirkungen auf die Beweislast	196
II.	Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel	198
1.	Die Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel bei streitigen Tatsachen	199
2.	Die Beweiserhebung über streitige Tatsachen in Deutschland und Italien	200
III.	Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel fokussiert auf die Frage der mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen	207
1.	Verbrauchervertrag	208
a)	Unternehmereigenschaft	208
b)	Verbrauchereigenschaft	209
c)	Bewertung	211
2.	Der sachliche Anwendungsbereich im deutschen Recht: AGB oder einmalig vorformulierte Klauseln	211
a)	Die Verteilung der Beweislast in § 1 AGBG für AGB	211
b)	Einwendung: Individuell ausgehandelte Klauseln gemäß § 1 Abs. 2 AGBG	213
c)	Einmalig vorformulierte Verträge	214
d)	Bewertung	215
3.	Exkurs: Einbeziehung der streitrelevanten Klausel	216
a)	Die Einbeziehung von AGB	216
b)	Die Einbeziehung von einmalig vorformulierten Klauseln	218
c)	Bewertung	219
4.	Inhaltskontrolle	219
a)	Beispiel: Klausel über Haftungsausschluß	220
b)	Beispiel: Klausel über Änderungsvorbehalt	224
c)	Beispiel: Klausel über erfolgsunabhängige Provision	227
d)	Bewertung	233
5.	Nicht mißbräuchliche Klauseln nach italienischem Recht	233
a)	Art. 1469-ter Abs. 3 c.c.	234
b)	Art. 1469-ter Abs. 4 und 5 c.c.	236
c)	Bewertung	243
IV.	Ergebnis	243

TEIL 5 – VERBANDSKLAGEVERFAHREN

I.	Einleitung	246
II.	Der materiell-rechtliche Unterlassungsanspruch in beiden Rechtsordnungen	247
1.	Unwirksame bzw. mißbräuchliche AGB	248
2.	Verwendung der AGB	248

3. Empfehlung der AGB	250
4. Verwender / Empfehler bzw. Beklagter	250
5. Unterlassung	253
III. Der materiellrechtliche Widerrufsanspruch im deutschen Recht	254
IV. Klagebefugte Organisationen	255
V. Verfahren	262
1. Außergerichtliche Abmahnung	262
2. Gerichtliche Zuständigkeit	265
3. Verfahrensablauf	268
VI. Einstweilige Verfügung	274
1. Gerichtliche Zuständigkeit	275
2. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund	276
3. Verfahrensablauf	283
4. Bedeutung des einstweiligen Verfügungsverfahrens in der Praxis	285
VII. Ergebnis	286

TEIL 6 – SCHLUSSBETRACHTUNG 287

ANHANG – ÄNDERUNGEN DURCH DAS SCHULDRECHTS- MODERNISIERUNGSGESETZ IN DEUTSCHLAND SOWIE VERGLEICH MIT DEN URSPRÜNGLICHEN UND GEÄNDERTEN BESTIMMUNGEN DES ITALIENISCHEN RECHTS

I. Einleitung	290
II. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	290
III. Die neuen materiellrechtlichen Vorschriften - § 305 bis § 310 BGB	292
1. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB	293
2. § 305 a BGB	295
3. Das Transparenzgebot	296
4. § 307 BGB	301
5. §§ 308 und 309 BGB	303
6. § 309 Nr. 5b BGB	304
7. § 309 Nr. 7, 8 und 9 BGB	305
a) § 309 Nr. 7 a BGB	306
b) § 309 Nr. 7 b und 8 BGB	308
8. § 310 BGB	312
9. Betrachtung	313
IV. Die neuen verfahrensrechtlichen Vorschriften	313
1. Änderungen durch die Unterlassungsklagenrichtlinie	315
a) Einrichtungen - insbesondere Verbraucherverbände	316
b) Vollstreckung der Urteile	320

2.	Weitere hervorzuhebende Änderungen im deutschen und italienischen Recht	321
a)	Die Anwendbarkeit von § 25 UWG im einstweiligen Verfügungsverfahren	321
b)	Die Anpassung des Wortlautes von Art. 1469-sexies c.c. an Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie	322
3.	Betrachtung	324
V.	Wird Deutschland durch die Integrationslösung zum Vorreiter auf europäischer Ebene? Betrachtungen anhand der vorstehend dargestellten deutschen und italienischen Vorschriften	324
1.	Integrationslösung - Spannungsfeld zwischen allgemeinen und verbraucherrechtlichen Bestimmungen	325
2.	Integrationslösung - gesetzssystematische Probleme	329
3.	Integrationslösung - Aufwertung verbraucherrechtlicher Vorschriften?	333
4.	§§ 305 ff. BGB und das Unterlassungsklagengesetz als Vorbild?	334
5.	Betrachtung	335

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
bzw.	beziehungsweise
c.c.	Codice Civile (= italienisches Zivilgesetzbuch)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
ed.	edizione (= Auflage)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.03.1957
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende, fortfolgende
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
lit.	litera / Buchstabe
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rn.	Randnummer
RL	Richtlinie

Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
S.	Seite
str.	streitig
v.	von od. vom
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume (= Band)
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapiermitteilungen
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuß
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

TEIL 1 – GRUNDZÜGE DES BEWEISRECHTS IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN

I. Einleitung

Im Zivilprozess gilt in Italien und in Deutschland der sog. *principio dispositivo* bzw. Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz. Nach diesem obliegt es den Parteien als Herren des Verfahrens, darüber zu entscheiden, welche der von ihnen für relevant erachteten Tatsachen dem Gericht darzulegen sind. Für diese haben die Parteien auch dann Beweis anzubieten und zu erbringen, sofern nicht von Amts wegen das Gericht die Beweiserhebung vornehmen kann¹. Der Beweis dient der Überzeugung des Gerichts über die dargelegten Tatsachen und bildet die Grundlage für dessen Entscheidung (art. 115 c.p.c.; § 286 I ZPO). Er nimmt daher eine zentrale Rolle im Prozess ein².

Es entspricht den allgemein anerkannten Grundlagen des kontradiktorischen Verfahrens in allen europäischen Staaten, dass sowohl die Behauptungs- als auch die Beweislast zwischen den Parteien aufgeteilt wird, um u. a. die Durchsetzung des Rechts nicht unzumutbar zu erschweren³.

In Deutschland verlangt das vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtlicher Grundsatz festgeschriebene Gebot des fairen Verfahrens eine prozessuale Risikoverteilung auf die Prozessparteien⁴. Welche Partei im Prozess welche Tatsachen zu beweisen hat, und welche Konsequenzen mit einer mangelnden Beweisführung verbunden sind, ist

¹ Dem Zivilprozess in Italien ist der Untersuchungsgrundsatz grundsätzlich fremd, da das Gesetz dem Richter die Beweiserhebung von Amts wegen untersagt, sofern es nicht etwas anderes bestimmt (Art. 115 c.p.c.). Der Richter kann daher nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen und in der für diese Fälle vorgeschriebenen Weise von Amts wegen Beweis erheben (z.B. Art. 61, 117, 118, 191, 213, 240, 241, 253, 254, 257, 261, 262, 281-ter c.p.c. sowie in den Verfahren des Arbeitsrechts (Art. 421 c.p.c.), des einstweiligen Rechtsschutzes (669-sexies c.p.c.) und den in Spezialgesetzen entsprechend geregelten Verfahren (z.B. italienisches Scheidungsgesetz)). Vgl. Carpi/Taruffo, Art. 115 c.p.c. Anm. I, Rn. 1 und 5; Battaglini/Novelli/Petitti/Novelli, Art. 115 c.p.c., Anm. 1

In Deutschland herrscht im Zivilprozess in bestimmten Verfahren, vor allem Familiensachen (z. B. 616 I BGB, § 640 ZPO) der Untersuchungsgrundsatz. Im ordentlichen Zivilprozess, bei dem der Verhandlungsgrundsatz gilt, kann das Gericht jedoch von Amts wegen Beweis erheben (§§ 142, 143, 144, 273 II Nr. 1 und 2, 448 ZPO). Vgl. Zöller/Greger, ZPO, Vor § 284, Rn. 2

² Verde, Enc. dir. XXXVII, S. 579; Jauernig, § 49 I

³ Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 286, Rn. 34; sowie Musielak, S. 190 ff., der nachweist, dass bereits im römischen Recht das Prinzip der Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem bekannt war.

⁴ Reinhardt, NJW 1994, 93, 96

daher aufgrund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) von vornherein grundlegend zu regeln⁵.

In Italien wurde das in Art. 101 c.p.c. festgeschriebene Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens (*principio del contraddittorio*) durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (*Corte Costituzionale*) in Verbindung mit Art. 24 der italienischen Verfassung und dem in Art. 3 der italienischen Verfassung festgeschriebenen Gleichheitsgrundsatz zu einer verfassungsrechtlichen Garantie erweitert⁶. Damit wird nun die effektive Teilnahme der Parteien am Prozess (*garanzia di partecipazione effettiva al procedimento*) durch das Vorbringen von Tatsachen und Führen der entsprechenden Beweise garantiert. Insbesondere darf das Beweisantrittsrecht sowie das Beweisrecht nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden⁷. In dieser Garantie eingeschlossen bzw. vorausgesetzt ist, dass die vorher aufgestellten Regelungen zur Einleitung und Durchführung des Prozesses diese Garantie beinhalten⁸.

Auch wenn verfassungsrechtlich eine Verpflichtung des jeweiligen Gesetzgebers zur Regelung des Beweisrechts besteht, wurde nicht alles gesetzlich normiert, sondern die Lösung von vielen Fragen der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen. Das gilt vor allem für die sog. Beweislast, aber auch für Fragen sog. Beweiserleichterungen für die Parteien. Insbesondere letztere wurden vor allem in Deutschland durch die Rechtsprechung (fort-)entwickelt. Bekanntestes und auch in Italien immer wieder zitiertes Beispiel hierfür ist eine Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten aufgrund Rechtsfortbildung der deutschen Rechtsprechung im Rahmen der Produkthaftung nach § 823 BGB. Jedoch ist eine Rechtsfortbildung äußerst selten und erfordert eine vom Gesetzgeber nicht geregelte Lücke im Gesetz.

Die nachfolgende Darstellung soll in Gegenüberstellung von deutschem und italienischem Recht das Beweisrecht beleuchten, wobei das

⁵ Reinhardt, NJW 1994, 93, 96

⁶ Carpi/Taruffo, Art. 101 c.p.c., Anm. II, Rn. 1

⁷ Vgl. den Fall bei Trocker, S. 515, in dem der Verfassungsgerichtshof das Privileg der staatlichen Eisenbahn bei Unglücken, bestimmte Akten, die als Beweismittel dienen können, nicht bei Gericht vorlegen zu müssen, für verfassungswidrig erklärt hat.

⁸ Battaglini/Novelli/Petitti/Novelli, Art. 101 c.p.c., Anm. 1

Hauptaugenmerk auf die Verteilung der Beweislast und Möglichkeiten der Beweiserleichterung gelegt werden soll.

II. Grundbegriffe des Beweisrechts

Der Begriff Beweisrecht ist sehr weit. Er vereint in sich materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, die letztendlich alle im Rahmen der Beweisaufnahme im Prozess von Bedeutung sind. Grundlegend zu unterscheiden sind die Fragen der Beweislast (*onere della prova*) und der Beweiswürdigung (*valutazione della prova*), wobei erstere dem materiellen Recht und letztere dem Prozessrecht zugerechnet wird⁹. Diese beiden Komplexe sollen theoretisch, können praktisch jedoch nicht streng von einander getrennt werden, sondern greifen vielmehr in einander über.

Die prozessual einzuordnende Beweiswürdigung (§ 286 ZPO, Art. 116 c.p.c.) obliegt dem Gericht, welches darüber zu befinden hat, ob es die streitige Tatsache für erwiesen erachtet oder nicht. Soll ein Beweis gelingen, muss die Beweisführung der Parteien zu einer gewissen Überzeugung des Gerichts führen¹⁰. Dafür muss das Gericht insbesondere die von den Parteien geführten Beweise würdigen und entscheiden, ob bzw. inwieweit es von der streitigen Tatsache überzeugt ist. Die Beweisführung der Parteien erfolgt in der Regel durch die gesetzlich bestimmten Beweismittel (*mezzi di prova*), um eine Tatsache unmittelbar (unmittelbarer Beweis, *prova diretta*) oder mittelbar im Wege einer Schlussfolgerung von einer tatbestandsfremden Tatsache (mittelbarer Beweis, *prova indiretta in senso proprio*) zu beweisen.

⁹ Zur Abgrenzung von Beweislast und Beweiswürdigung Baumgärtel, Rn. 53 ff., insbesondere Rn. 64; in Italien kommt diese Trennung durch die Regelung der Beweislast im c.c., der Beweiswürdigung im c.p.c. zum Ausdruck.

¹⁰ Grundsätzlich gilt die freie Beweiswürdigung durch das Gericht, wenn nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt. Ziel der freien Beweiswürdigung ist die Überzeugung des Gerichts, da eine absolute Gewissheit über eine Tatsache nicht erreicht werden kann. Deshalb verlangt der deutsche Gesetzgeber (§ 286 ZPO), dass das Gericht von der Wahrheit der Tatsache überzeugt ist. Die subjektive Überzeugung des Gerichts ist das zu erreichende Beweismaß (Zöller/Greger, ZPO, § 286, Rn. 19). Durch Gesetz kann dieses Beweismaß reduziert (§ 294 ZPO – Glaubhaftmachung) oder erhöht (§ 1600 d BGB) werden (Schneider, S. 16 ff.). Umstritten ist die Zulässigkeit einer Beweismaßreduzierung im Einzelfall als Mittel der Beweiserleichterung (dafür Baumgärtel, Rn. 76, dagegen Zöller/Greger, ZPO, § 286, Rn. 20). Auch im italienischen Recht ist die freie Überzeugung des Gerichts (116 c.p.c.) maßgebend, sofern nicht eine *prova legale* vorliegt. Im Zuge der freien Beweiswürdigung muss das Gericht von der Tatsache überzeugt sein, so dass ein Wahrscheinlichkeitsurteil vorliegt (*giudizio di verosimiglianza o probabilità*) (Patti, S. 154).

Damit ist aber noch nicht bestimmt worden, welche Partei den Beweis zu erbringen hat. Die sog. Verteilung der Beweislast (*ripartizione dell'onere della prova*) ist eine Frage, die mit dem Begriff der Beweislast verbunden ist. Hierzu gehört aber auch das Problem, nach welchem Grundsatz (*regola di giudizio*) das Gericht im Falle zu entscheiden hat, wenn die Beweisaufnahme zu keinem positiven oder negativen Ergebnis kommt. Diese mit dem Begriff Beweislast verbundenen Aspekte sollen nachfolgend im Einzelnen ausführlich dargestellt werden.

Wie immer gibt es auch im Rahmen dieser beiden Komplexe eine Regel und Ausnahmen. Geht man sozusagen von einem Grundmodell aus, so ist zum einen die Beweislast in einer bestimmten Weise zwischen den Parteien verteilt, zum anderen bestehen für die Beweiswürdigung bestimmte Anforderungen. Es kann jedoch sein, dass die Anforderungen des Grundmodells für die beweisbelastete Partei nicht gerechtfertigte Hindernisse aufwerfen, so dass von diesem Grundmodell abgewichen wird. Dies kann sowohl im Rahmen der Beweislastverteilung als auch der Beweiswürdigung geschehen.

Im ersten Fall wird durch Gesetz, Rechtsprechung oder sogar Parteiwillen entweder die Beweislast vollkommen auf die andere Partei übertragen (sog. Umkehr der Beweislast, *inversione dell'onere della prova*) oder zwar die Beweislastverteilung aufrechterhalten, jedoch dafür gesorgt, dass im Falle des *non liquet* die Entscheidung nicht zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei ausfällt. Letzteres wird durch voraussetzungslose Vermutungen (*presunzioni*) aufgrund Gesetz oder Rechtsprechung bewirkt, auf die noch ausführlich eingegangen wird.

Im Rahmen der Beweiswürdigung spielen dogmatisch hauptsächlich in Deutschland sog. Beweiserleichterungen eine Rolle. Hierbei ist an eine Herabsetzung des Beweismaßes¹¹ oder eine Erleichterung der Beweisführung zu denken, wobei bei letzterer das von der Rechtsprechung entwickelte und dogmatisch umstrittene Institut des Anscheinsbeweises sowie die sog. tatsächlichen Vermutungen eine wichtige Rolle spielen. In

¹¹ Diese Möglichkeit einer Beweiserleichterung ist umstritten (dafür Baumgärtel, Rn. 76; dagegen Zöller/Greger, ZPO, § 286, Rn. 20).

Italien gilt dies entsprechend für das Beweismittel der Vermutung (*presunzione semplice*).

III. Die Beweislast

Aufgrund der elementaren Bedeutung des Beweises im Prozess ist speziell die Frage, wer Beweis anzutreten hat, von großer Wichtigkeit. Sie allein kann über Erfolg oder Misserfolg der Klage entscheiden, und zwar insbesondere dann, wenn keine der beiden Parteien die von ihr dargelegten Tatsachen hinreichend zur Überzeugung des Gerichts unter Beweis gestellt hat. In einem solchen Fall des *non liquet* entscheidet das Gericht, das eine Entscheidung treffen muss¹², aufgrund der Beweislastregeln, zu wessen Ungunsten sich die Unaufklärbarkeit auswirkt¹³. Damit wurden bereits die zwei Problemkreise der Beweislast angesprochen, die oft zusammen genannt werden, da sie ineinander greifen, jedoch eigentlich gesondert zu betrachten sind¹⁴: die Verteilung der Beweislast und die dogmatische Überwindung des *non liquet* mit der Risikoverteilung auf die Parteien. Letzteres wird in der deutschen Lehre auch mit dem Begriff der objektiven Beweislast bezeichnet¹⁵. Während die Verteilung der Beweislast nicht nur im Prozess, sondern auch außerhalb eine wichtige Rolle für die Parteien spielt, erlangt die objektive Beweislast nur im Fall des *non liquet* für das Gericht praktische Bedeutung. Allerdings ist für die Entscheidung im Falle des *non liquet* die Verteilung der Beweislast von erheblicher Bedeutung für die Verteilung des Nachteils.

Entsprechend geht man in Italien von einer Bifunktionalität von Art. 2697 c.c. aus. Einerseits verteilt diese Regelung die Beweislast zwischen den Parteien, andererseits stellt sie eine *regola di giudizio* dar und regelt, wie der Richter im Falle des *non liquet* zu entscheiden hat¹⁶.

Damit ist bereits benannt, was mit dem Begriff der Beweislast im Zusammenhang steht. Die inhaltliche Verteilung der Beweislast und die

¹² Während im italienischen Recht in Art. 112 c.p.c. dieser Grundsatz gesetzlich festgeschrieben ist, leitet er sich in Deutschland aus dem nach der Rechtsprechung des BVerfG aus Art. 2 GG abgeleiteten wirkungsvollen Rechtsschutz ab. Hierzu ausführlich Reinhardt, NJW 1994, 93, 98.

¹³ Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2697 c.c., Anm. I, Rn. 2 und 3; Zöller/Greger, ZPO, Vor § 284, Rn. 15

¹⁴ Prütting, S. 20

¹⁵ Baumgärtel, Rn. 9

methodische Überwindung des *non liquet* sind jedoch theoretisch getrennt zu behandeln, auch wenn, gerade in der deutschen Literatur, sie zusammen behandelt werden.

1. Die Verteilung der Beweislast

a) Art. 2697 c.c. und die Grundregel der Beweislast nach der Rosenberg'schen Normtheorie

In Italien wurde in Art. 2697 c.c. folgende Regelung zur Verteilung der Beweislast getroffen:

Chi vuol fare valere un diritto in giudizio, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Wer ein Recht bei Gericht geltend machen will, muss die Tatsachen beweisen, die dessen Grundlage bilden.

Wer die Unwirksamkeit dieser Tatsachen einwendet oder einwendet, dass das Recht abgeändert wurde oder erloschen ist, muss die Tatsachen beweisen, auf die sich die Einwendung gründet¹⁷.

Während der *Codice civile* (c.c.) von 1942 in Art. 2697 damit eine grundlegende Regelung für die Verteilung der Beweislast im Zivilprozess enthält¹⁸, und alle damit verbundenen dogmatischen Probleme insbesondere durch Einordnung in das materielle Zivilrecht weitestgehend gelöst hat, fehlt im deutschen Recht eine solche generelle gesetzliche Regelung¹⁹. Wer die Beweislast im Prozess trägt, ist nur ausnahmsweise an wenigen Stellen

¹⁶ Patti, S. 3; Galgano, Diritto civile e commerciale, Vol. 4, S. 267

¹⁷ Gesetzestext mit Übersetzung aus Italienisches Zivilgesetzbuch, Codice civile, zweisprachige Ausgabe, 2. Aufl., Bozen, 1992

¹⁸ Im italienischen Zivilgesetzbuch von 1865 gab es keine dem Art. 2697 c.c. entsprechende Regelung. Es gab nur einen sog. Vorläufer in Art. 1312, der den Beweis von Obligationen und ihrem Erlöschen regelte. Im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten für das neue Zivilgesetzbuch von 1942 wurde die Wichtigkeit einer allgemeinen Regelung erkannt.

¹⁹ In Deutschland sah ursprünglich der erste Entwurf des BGB unter der Überschrift „Beweis“ in den §§ 193 - 197 Regelungen der Beweislast vor. Die in § 193 enthaltene Grundregel bestimmte, dass derjenige die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen habe, der die Rechtsfolge geltend macht, während dem Gegner die Beweislast für die rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsache obliege. Aufgrund heftiger Kritik, zum einen, weil eine solche Regelung als Selbstverständlichkeit bzw. als überflüssig, zum anderen aber auch als unzureichend erachtet wurde und eine wissenschaftliche Weiterbildung nicht verhindert werden sollte, wurden die §§ 193 - 197 in der zweiten Lesung im Reichstag gestrichen. § 198, der die gesetzliche Vermutung zum Gegenstand hatte, wurde ebenfalls gestrichen und als § 292 in die ZPO übernommen.

im deutschen Recht ausdrücklich gesetzlich geregelt²⁰. Trotzdem gibt es für die Verteilung der Beweislast eine unumstößliche allgemeingültige Grundregel, die im Prinzip inhaltlich mit der Regelung des Art. 2697 c.c. übereinstimmt²¹. Es ist Rosenberg mit seiner Normtheorie zu verdanken, diese allgemeingültige Regelung für das deutsche Recht herausgearbeitet zu haben²²:

Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatsachen²³.

Folge der fehlenden gesetzlichen Verankerung dieser Regelung in Deutschland ist, dass das Thema der Beweislast vollkommen der Wissenschaft überlassen wurde, die sich eingehend damit beschäftigt und teilweise recht kontroverse Ansichten in der Vergangenheit entwickelt hatte, über die jedoch heute weitgehend Einigkeit besteht²⁴.

b) Die Zuordnung der anspruchsbegründenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatsachen anhand der Normstruktur

Ausgehend von Art. 2697 c.c bzw. der deutschen Grundregel trägt damit übereinstimmend in beiden Ländern jede Partei die Beweislast der Voraussetzungen des für sie günstigen Rechtssatzes. Nach Art. 2796 c.c. hat der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen,

²⁰ Ausdrückliche gesetzliche Beweislastregeln z.B. im BGB sind §§ 179 I, 282, 345, 363, 442, 542 III, 611 a I 3, 636 II, 2336 III

²¹ Verde, S. 48

²² Rosenberg, S. 98

²³ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, Anh § 286, Rn. 3

²⁴ Dies begann z.B. schon mit der Frage, aus welchem Rechtsgrund diese Grundregel ihre Gültigkeit besitzt, auch wenn es aufgrund der einhelligen Ansicht über ihrer Gültigkeit müßig erscheint, hierüber zu diskutieren. Während die h. M. wie z.B. Prütting in Münchener Kommentar, ZPO, § 286, Rn. 107, von geltendem Gesetzesrecht sprechen, da es allgemein anerkannt gilt und vom Gesetzgeber als selbstverständlich angesehen wurde, gehen andere zumindest von Gewohnheitsrecht aus, so Leipold in Stein/Jonas, ZPO, § 286 ZPO, Rn. 37.

Auch die Rechtsnatur der Beweislastregelung war lange Zeit Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Die These, dass Beweislastnormen allein dem Prozessrecht angehören, ist nunmehr überholt. Diese früher in Literatur und auch teilweise in der Rechtsprechung vertretene Auffassung wurde damit begründet, dass die Beweislastverteilung erst im Prozess von Bedeutung sei (vgl. Baumgärtel, Rn. 143 mwN). Heute wird sie nach h. M., wie im italienischen Recht, als Bestandteil des materiellen Rechts erachtet, denn nur dort sind spezielle Beweislastregelungen zu finden (Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 676). Nach Rosenberg lässt sich dies damit begründen, dass die Beweislastregeln dem Rechtsgebiet zugehören, dessen Rechtssatz die streitigen Behauptungen begründen soll (Rosenberg, S. 81; Prütting, S. 178). Das ist grundsätzlich das materielle Recht. Denn der Tatbestand einer Norm bestimmt nicht nur den Rechtssatz, sondern regelt auch die Verteilung der Beweislast (Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 676). Ein weiteres Argument hierfür ist, dass für den Richter diese Regelungen Entscheidungsnormen sind und weniger den Gang des Verfahrens bestimmen (Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 286 ZPO, Rn. 54 ff.).

derjenige, der einwendet, dass das Recht nicht besteht, sich geändert hat oder erloschen ist, die Tatsachen der entsprechenden Einwendung. Im italienischen spricht man im Falle der Einwendung auch vom Beweis der rechtsvernichtenden (*fatti estintivi*), rechtshindernden (*fatti impeditivi*) und rechtsändernden (*fatti modificativi*) Tatsachen²⁵, während man im deutschen Recht rechtsvernichtende, rechtshemmende und rechtshindernde Normen nach Rosenberg unterscheidet²⁶. Trotz dieser leicht abweichenden Wortwahl (rechtsändernd bzw. rechtshemmend) ist damit jedoch dasselbe gemeint.

Mit dieser Gegenüberstellung wird jedoch ein anderer terminologischer Unterschied sichtbar. Während die italienische Lehre den Begriff *fatti*, also Tatsachen, verwendet, unterscheidet Rosenberg in seiner Normtheorie, wie der Name schon sagt, Normen, und zwar Grundnormen und Gegennormen²⁷. Diese sind in der Regel keine einzelnen gesetzlichen Regelungen, sondern Komplexe zusammenwirkender Rechtsnormen mit bestimmter Rechtsfolge²⁸. Während er zu der ersten Kategorie nur anspruchsbegründende Normen zählt, sind Gegennormen rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Normen²⁹. Die heutige Lehre spricht hingegen ebenfalls von Tatbestandselementen oder Tatsachen³⁰. Da Gegenstand des Beweises Tatsachen sind, sind die italienische Terminologie sowie im Deutschen die Begriffe anspruchsbegründende, rechtshindernde, rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen korrekt.

Rechtsbegründende Tatsachen bzw. *fatti costitutivi* sind die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Tatbestandes der Rechtsentstehung, während die rechtshindernden Tatsachen bzw. *fatti impeditivi* die Entstehung der Wirkungen der rechtsbegründenden Tatsachen von Anfang an verhindern³¹. Rechtsvernichtende Tatsachen bzw. *fatti*

²⁵ Patti, S. 84; Torrente/Schlesinger, S. 269 und nun auch Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 2697 c.c., Anm. III, Rn. 1, die jedoch noch in der Voraufgabe entgegen dem Wortlaut von Art. 2697 Abs. 2 c.c. unter Auslassung der *fatti estintivi* nur von *fatti impeditivi* und *fatti modificativi* sprachen (vgl. Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2697 c.c., Anm. II). Andrioli, Prova, Novissimo digesto italiano, Vol. XIV, S. 292, führt nur „*fatti estintivi e impeditivi*“ jedoch keine *fatti modificativi* auf und weist wegen dieser Abweichung auf die Vorgängernorm, Art. 1312 des Codice Civile von 1865 hin.

²⁶ Rosenberg, S. 100 f.

²⁷ Rosenberg, S. 100 und S. 108, der nicht die Tatsachen, sondern den Rechtssatz für entscheidend hält, von dem sich die Tatsachen ableiten.

²⁸ Rosenberg, S. 105

²⁹ Rosenberg, S. 100

³⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 225, 229

³¹ Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 69; Patti, S. 91 ff., der insbesondere klarstellt, dass rechtshindernde Merkmale nicht rechtsbegründende mit umgekehrten Vorzeichen sind, sondern zwar wie

estintivi hingegen lassen die Wirkungen der anspruchsbegründenden Tatsachen nach deren Entstehung wieder erlöschen und rechtshemmende Tatsachen bzw. *fatti modificativi* ändern das bestehende Rechtsverhältnis durch die Anwendung eines Gestaltungsrechts.

Damit ist allerdings nur dargelegt, wie generell und allgemein die Beweislast in allen Fällen nach dem gleichen Prinzip verteilt ist, jedoch fehlt es für den konkreten Fall an einer Aussage über die konkrete Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien³². Im konkreten Fall bedarf es daher des Zusammenspiels der Regelung zur Verteilung der Beweislast und der anzuwendenden materiellen Norm, um zu bestimmen, welche Partei was zu beweisen hat bzw. auch im Falle des *non liquet*, wer das Risiko der Beweislosigkeit zu tragen hat³³. Allerdings ist diese Zuordnung nicht immer so einfach, da bezüglich einzelner materieller Normen Unklarheiten bestehen.

Welcher Kategorie eine Tatsache zuzuordnen ist, ist nach der italienischen Lehre jeweils von Fall zu Fall nach der anzuwendenden materiellen Norm zu bestimmen³⁴. Je nachdem, welchem Tatbestand eine Tatsache zuzuordnen ist, kann dieselbe Tatsache anspruchsbegründend oder rechtshemmend, rechtsvernichtend oder rechtsändernd sein³⁵. Dies gilt nicht nur für die spezifischen Tatsachen eines Tatbestandes, sondern auch für die allgemeinen, grundsätzlich vorauszusetzenden Tatsachen (z.B. die Geschäftsfähigkeit), die bei Nichtvorhandensein rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen darstellen können³⁶. Entsprechend geht die italienische Rechtsprechung nur die positiven, der Herbeiführung der Rechtsfolge dienenden Voraussetzungen als anspruchsbegründende Tatsachen, nicht aber die negativen, diese Rechtsfolge ausschließenden oder vernichtenden Elemente³⁷.

diese zunächst von den gleichen Voraussetzungen ausgehen, aber darüber hinaus eigene Merkmale beinhalten, die zur Rechtshinderung führen. Hierzu auch Rosenberg, S. 103

³² Es handelt sich bei der Grundregel bzw. Art. 2697 c.c. um eine Systematisierung der Beweislastverteilung, Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 68; Prütting, S. 265

³³ Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 68

³⁴ Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2697 c.c., Anm. II, Rn. 4; Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 68

³⁵ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 2697 c.c., Anm. III, Rn. 9

³⁶ Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2697 c.c., Anm. II, Rn. 4

³⁷ Corte di Cassazione, Urteile Nrn. 67/852 und 81/5746.

Nicht nur die im Prozess anzuwendenden materiellen Normen, sondern zusätzlich auch die Prozesssituation, in der sich die Parteien befinden, kann Einfluss auf die Beweislast haben. Je nach Prozesssituation kann eine³⁸.

Damit sind jedoch nicht die Unsicherheiten gelöst, die einige materielle Normen in sich bergen, insbesondere in Bezug auf die Unterscheidung von *fatti costitutivi* und *fatti impeditivi* (s. u.). Diese Kritik gilt im Übrigen auch für die nachfolgend dargestellte deutsche Lehre.

Nach der von Rosenberg begründeten Normtheorie, die davon ausgeht, dass die Verteilung der Beweislast unmittelbar mit dem materiellen Recht verknüpft ist, erfolgt die Einteilung ebenfalls aufgrund des Aufbaus der gesetzlichen Bestimmungen. Rechtsvernichtende und rechtshemmende Normen sind schon aufgrund der Wirkung als auch des Zeitpunktes ihres Eintritts (nach Entstehen der anspruchsbegründenden Normen) leicht zuzuordnen³⁹. Schwierigkeit kann, wie im italienischen Recht, die Abgrenzung anspruchsbegründende und rechtshindernde Normen bereiten, da diese gleichzeitig vorhanden sein müssen. Sofern nicht die Gegenorm ihre Wirkung entfaltet, wenn die Grundnorm teilweise verwirklicht ist, bestimmt sich die Abgrenzung nach dem Schema Regel/Ausnahme (Grundnorm/Gegenorm) durch die sprachliche Fassung des Gesetzes⁴⁰. Allerdings erfolgt diese Zuordnung im Gegensatz zur italienischen Lehre ohne Berücksichtigung der Parteistellung im Prozess⁴¹.

An der Normtheorie wird kritisiert, dass nicht in allen Fällen eine eindeutige Zuordnung zu der einen oder anderen Gruppe durch das materielle Recht vorgenommen wird. Insbesondere bei den rechtshindernden Tatsachen bleiben Zweifel bezüglich ihrer Abgrenzung zu den anspruchsbegründenden Tatsachen.

³⁸ Die Lehre versteht unter der Bezeichnung *semplificazione analitica della fattispecie* nicht nur die Verteilung der Beweislast auf Kläger und Beklagten in der Form, dass der Kläger nur die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat, sondern auch die Tatsache dieser Aufteilung in Bezug auf die prozessualen Positionen der Parteien als Kläger und Beklagter; Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 68

³⁹ Rosenberg, S. 119 ff.

⁴⁰ Rosenberg, S. 123 f., 126 f. Für das BGB führt Rosenberg als Beispiele für Ausnahmenormen an, dass diese in der Regel in einem Nebensatz der Rechtsnorm zu finden ist, der mit „es sei denn, dass, ausgenommen, dies gilt nicht, usw. oder wenn nicht, sofern nicht etc.“ beginnt.

⁴¹ Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 286 ZPO, Rn. 36

c) Das Problem der rechtshindernden Tatsachen

In Deutschland und auch in Italien sind die rechtshindernden Tatsachen (*fatti impeditivi*) Gegenstand vieler wissenschaftlicher Abhandlungen gewesen. Zu Anfang des 20. Jahrhunderts war leitendes Prinzip der italienischen Lehre das sog. *principio di simultaneità giuridica*. Gemäß diesem Prinzip herrschte vollständige Übereinstimmung zwischen dem Tatbestand und der Rechtsfolge⁴². Die Rechtsfolge einer Norm kann nur eintreten, wenn sich der Tatbestand einer Norm vollständig realisiert hat. Es ist hingegen nicht möglich, dass die Rechtsfolge eintritt, wenn sich der Tatbestand nicht realisiert hat. Wenn es nun Normen gibt, deren Rechtsfolge ein positives Recht ist, muss es folglich auch eigenständige Normen geben, die dieses Recht wieder vernichten oder abändern, eben *fatti estintivi* oder *modificativi*. Auch hier tritt eine Rechtsfolge ein, wenn sich der Tatbestand realisiert hat. Rechtshindernde Tatsachen passen in dieses Schema daher eigentlich nicht hinein⁴³. Charakter der rechtshindernden Tatsachen ist, dass gerade die Rechtsfolge der Anspruchsnorm nicht eintritt. Damit war diese zwingende Logik von der Erfüllung des Tatbestands und des Eintritts der Rechtsfolge außer Kraft gesetzt. Trotzdem ist man sich in Italien⁴⁴ wie in Deutschland im Grunde darüber einig, dass es die Kategorie der rechtshindernden Tatsachen gibt. In beiden Ländern wurde daher diskutiert, ob rechtshindernde Tatsachen materiell eine eigenständige Bedeutung haben, oder ob sie nur ein Bestandteil der rechtsbegründenden Tatsachen sind und lediglich Einfluss auf die Beweislast ausüben. Vertreter beider Auffassungen gibt es in beiden Ländern.

Die ältere italienische Lehre versuchte zunächst das *principio di simultaneità giuridica* beizubehalten und rechtshindernde Tatsachen als rein prozessuales Phänomen anzusehen. So z.B. die Auffassung von Finzi, der ausgehend vom *principio di simultaneità giuridica* nur einen prozessualen, aber keinen materiellen Unterschied zwischen *fatti costitutivi* und *fatti*

⁴² Verde, S. 185

⁴³ Verde, S. 186 f.

⁴⁴ In Italien wird die Aufteilung der Beweislast bzw. die Reduzierung der Beweislast auf Seiten des Klägers als *semplificazione analitica della fattispecie* bezeichnet, die sich in Art. 2697 c.c. widerspiegelt. Patti, S. 99 f. ist der Ansicht, dass über die Reduzierung der Beweislast des Klägers auf die rechtsbegründenden Tatsachen auch eine Verteilung der Beweislast nach den Möglichkeiten der Beweiserbringung durch die Parteien erfolgen sollte.

impeditivi ausmachen kann⁴⁵. Unter Aufrechterhaltung des *principio di simultaneità giuridica* wird dann jedoch eine strukturelle Unterscheidung vorgenommen. *Fatti costitutivi* haben nur eine vorübergehende Rechtsfolge, die erst durch das Hinzukommen des Gegenteils der *fatti impeditivi* (= *fatti conservativi*) sich zu einer endgültigen Rechtsfolge vervollkommen. Den *fatti impeditivi* fehlt als zusätzliche Merkmale mit umgekehrten Vorzeichen zu den *fatti costitutivi* somit ihre Eigenständigkeit.

Auch in Deutschland hat Leonhard als Vertreter der älteren Lehre eine rein prozessuale Auffassung vertreten⁴⁶. In seiner Vollständigkeitstheorie legt er dar, dass die Figur der rechtshindernden Normen nur künstlich geschaffen wurde, da diese keine eigene Rechtswirkung hätten⁴⁷. Kernpunkt der Vollständigkeitslehre ist, dass Leonhard auf die Rechtswirkung einer Norm abstellt und nicht auf den Tatbestand. Nach seiner Ansicht haben die Parteien die Voraussetzungen der Rechtswirkung zu beweisen⁴⁸. Deshalb negiert er die Existenz rechtshindernder Tatsachen als auch die von Beweislastregeln und kommt damit zu dem Ergebnis, dass der Kläger den Tatbestand der Angriffswirkung und der Beklagte den Tatbestand der Gegenwirkung zu beweisen habe, der die zeitlich vorher entstandene Angriffswirkung wieder tilgt⁴⁹. Im Grunde gibt es – entsprechend dem *principio di simultaneità giuridica* – nur anspruchsbegründende sowie rechtsvernichtende und rechtshemmende Tatsachen.

Weder in Italien noch in Deutschland konnten sich diese Theorien durchsetzen⁵⁰. In Deutschland hat Rosenberg in Abkehr von Leonhard die Ansicht vertreten, dass anspruchsbegründende und rechtshindernde Normen materiellrechtlich zu unterscheiden sind, da rechtshindernde Normen eine eigene Rechtswirkung haben⁵¹. Nach Rosenberg besteht ein materiellrechtlicher Unterschied, der sich nicht nur im Falle des *non liquet* ausdrückt, darin, ob ein Umstand einer Norm anspruchsbegründend oder rechtshindernd ist. Dies drücke sich bereits sprachlich durch die Fassung des

⁴⁵ Die Theorie von Finzi wird dargelegt und besprochen von Verde, S. 191 ff., und Micheli, S. 322 und Fn. 30

⁴⁶ Musielak/Stadler, Rn. 219

⁴⁷ Musielak, S. 284; Rosenberg, S. 134

⁴⁸ Musielak/Stadler, Rn. 219

⁴⁹ Musielak, S. 285

⁵⁰ Comoglio, Le prove, Trattato Rescigno XIX, S. 209; Musielak/Stadler, Rn. 219, die darauf hinweisen, dass diese Lehre heute nicht mehr vertreten wird.

Gesetzes aus⁵². Die Beweislastverteilung ist daher nur eine Folge der materiellen Rechtsgestaltung⁵³.

Die vorstehenden Auffassungen waren jeweils Anstoß für die neuere Literatur. In Deutschland konnte Rosenberg nicht zur Überzeugung der Literatur nachweisen, dass ein materiellrechtlicher Unterschied zwischen rechtshindernden und rechtsbegründenden Normen besteht⁵⁴. Die neuere Lehre vertritt einhellig die Ansicht, dass es keinen materiellrechtlichen Unterschied zwischen rechtshindernden und anspruchsbegründenden Tatsachen gibt, sondern diese nur Auswirkung auf die Verteilung der Beweislast haben⁵⁵. Sie begründen dies damit, dass die materielle Rechtsfolge dieselbe ist, unabhängig davon, ob der Tatbestand die Erfüllung der anspruchsbegründenden Tatsachen oder die Nichterfüllung des kontradiktorischen Gegenteils in Form von rechtshindernden Tatsachen verlangt⁵⁶. Die Ansichten der neueren Lehre unterscheiden sich nur in der Qualifizierung der rechtshindernden Merkmale als Beweislastsonderregeln für eigentlich anspruchsbegründende Merkmale, die mit den anderen gesetzlichen Beweislastregeln gleichgesetzt werden⁵⁷, oder die schlicht als Beweislastregel zur Abkehr von der Grundregel bezeichnet werden in Abgrenzung zu den gesetzlichen Beweislastsonderregeln⁵⁸.

⁵¹ Rosenberg, S. 132

⁵² Rosenberg, S. 134 f., der als Beispiel § 937 BGB anführt, die Ersitzung des Eigentums, sofern der Eigenbesitzer nicht bösgläubig ist. Für Rosenberg ist es ein materiellrechtlicher Unterschied, ob die Gutgläubigkeit anspruchsbegründend oder wie, im Gesetz, rechtshindernd ausgestaltet ist.

⁵³ Rosenberg, S. 135

⁵⁴ Musielak, S. 295 ff., der eingehend die Beispiele Rosenbergs widerlegt, indem er aufzeigt, dass Rosenberg nicht die richtigen Gegensätze gegenüberstellt, die bei Ausgestaltung als rechtsbegründendes oder rechtshinderndes Merkmal wie plus und minus hätten gegenüberstehen müssen. Hier liegt m. E. der Grund für die unterschiedlichen Ansichten von Rosenberg und der neueren Literatur. Letztere geht davon aus, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsfolge aufgrund einer bestimmten Anzahl von Voraussetzungen bestimmt. Dabei ist wie bei einer mathematischen Gleichung egal, ob alle Elemente erfüllt sein müssen, oder das kontradiktorische Gegenteil eines Elements nicht vorhanden sein darf ($a+b+c = a+b - (-c)$). Die sich hieran anschließende Frage, ob im Fall einer rechtshindernden Tatsache eine Vermutung für das anspruchsbegründende Merkmal anzunehmen ist, wird von der deutschen Literatur nicht erörtert. Wenn die rechtshindernden Tatsachen jedoch nur die Beweislast verteilen, könnte, wenn man nicht die Tatbestandsvoraussetzungen gleichzeitig reduziert, man annehmen, dass eine voraussetzungslose Vermutung für die anspruchsbegründende Tatsache besteht (vgl. unten zum italienischen Recht).

Rosenberg hat einen anderen Blickwinkel, indem er davon ausgeht, dass bestimmte Normen eine bestimmte Rechtsfolge nach sich ziehen. Kommt zu diesen Normen ein weiteres Element hinzu, kann aufgrund dessen diese Rechtsfolge nicht mehr eintreten. Bei ihm ist eine rechtshindernde Norm kein kontradiktorisches Gegenteil, sondern ein eigenständiges Element, woraus er die materiellrechtliche Wirkung ableitet. Den Unterschied könnte man vielleicht auch so formulieren, dass Rosenberg stets von verschiedenen Rechtssätzen ausgeht, die zusammen einen Normkomplex geben, wobei jede Norm ihre eigene Wirkung hat, während die neuere Literatur ihren Blick auf einen Rechtssatz fokussiert und innerhalb dessen eine Wirkungs- und Verteilungsanalyse vornimmt.

⁵⁵ Leipold, S. 38; Prütting, S. 352; Musielak, S. 295

⁵⁶ Musielak, S. 295; Leipold, S. 38

⁵⁷ Leipold, S. 42, 51; Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 286 ZPO, Rn. 41

⁵⁸ Prütting, S. 352

Die rechtshindernden Tatsachen ergeben sich auch nach der neueren Literatur, wie von Rosenberg dargelegt, aus der Normstruktur. Allerdings wird das von Rosenberg angewendete sprachliche Regel-Ausnahme-Schema nicht als ausreichend zur Auslegung der materiellen Rechtssätze bei der Bestimmung der Verteilung der Beweislast angesehen. Deshalb soll die Auslegung mit Hilfe des Normzwecks erfolgen bzw. die bereits gewonnene Verteilung durch diesen kontrolliert werden⁵⁹. Auch alle anderen Auslegungsmittel sollen herangezogen werden können⁶⁰.

Während in der neueren deutschen Lehre nur noch die vorstehend dargestellte Ansicht vertreten wird, finden sich in der italienischen Literatur zwei Ansichten, die sowohl der von Rosenberg als auch der neueren deutschen Literatur entsprechen. So vertritt die eine Ansicht, dass *fatti impeditivi* eigentlich *fatti costitutivi* mit umgekehrtem Vorzeichen sind, deren Beweis der Partei obliegt, die sich nicht auf die Rechtsfolge beruft⁶¹.

Die Gegenansicht, m. E. in Adaption von Rosenberg, versteht rechtshindernde Tatsachen gerade nicht als kontradiktorisches Gegenteil einer anspruchsbegründenden Tatsache, sondern weist ihnen eine eigenständige Bedeutung zu, indem sie diese mit der Nichtexistenz einer Wirksamkeitsvoraussetzung gleichsetzen, mit der Folge, dass diese, obwohl nicht Teil des Tatbestandes, ihre Wirkung innerhalb desselben ausübt⁶². Ein *fatto impeditivo* lässt die positive Rechtsfolge eines Rechtssatzes erst gar nicht entstehen. Damit kehrte sich in Italien die Lehre vom *principio di simultaneità giuridica* ab, da es eben nicht nur Normen gibt, die die Rechtsfolge erst nach ihrer Entstehung wieder vernichten, sondern auch solche, die diese gar nicht entstehen lassen. Diese rechtshindernden Normen entsprechen von ihrem Aufbau her den rechtsbegründenden und weisen darüber hinaus eben noch das rechtshindernde Merkmal auf⁶³. Die Individualisierung einer rechtshindernden Tatsache erfolgt, sofern die

⁵⁹ Baumgärtel, Rn. 169

⁶⁰ Prütting, S. 352

⁶¹ Sacco, Rivista di Diritto Civile, 1957, 399, 407; Verde, S. 181, Fn. 252

⁶² Patti, S. 92; Verde, Prova, Teoria generale e diritto processuale, Enc. dir. XXXVII, S. 630

⁶³ Verde, S. 200

Normstruktur hierüber keine Auskunft gibt, ggf. aufgrund der entsprechenden Rechtswirkung im Prozess vom Gericht⁶⁴.

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass von einem Teil der italienischen Literatur die rechtshindernden Tatsachen mit Vermutungen verglichen werden⁶⁵. Diese Vergleichsmöglichkeit kann nur angenommen werden, wenn man davon ausgeht, dass rechtshindernde Tatsachen das Gegenteil von anspruchsbegründenden Tatsachen sind. In diesem Fall könnte man davon ausgehen, dass die anspruchsbegründende Tatsache vermutet wird. Hierbei kann es sich, sofern man eine Vermutung annehmen will, allenfalls um eine voraussetzungslose Vermutung handeln. Eine Vermutung kann ansonsten nicht angenommen werden, da es an einer Vermutungsbasis fehlt und die Beweislast nicht umgekehrt wird. Die andere Ansicht, die rechtshindernden Tatsachen eine eigenständige Bedeutung zuweist, lehnt deshalb einen Vergleich ab, wie der Beweis einer rechtshindernden Tatsache ein unmittelbarer Beweis sei, der eine indirekte Wirkung auf das anspruchsbegründende Merkmal habe, hingegen die Entkräftung der Vermutung der Beweis des Gegenteils mit direkter Wirkung auf die anspruchsbegründende Tatsache⁶⁶.

d) In Deutschland diskutierte abweichende Prinzipien der Beweislastverteilung

Nach der heute h. L. gilt für die Verteilung der Beweislast unstreitig der oben dargestellte Grundsatz. Trotzdem gab es gerade aufgrund der fehlenden gesetzlichen Verankerung auch Ansätze in der Wissenschaft, die Beweislast aufgrund anderer Prinzipien als der Normstruktur zu verteilen. Aber diese Ansätze, von denen hier nur die beiden wichtigsten Prinzipien vorgestellt werden⁶⁷, werden als praktisch nicht umsetzbar abgelehnt.

⁶⁴ Verde, Prova, Teoria generale e diritto processuale, Enc. dir. XXXVII, S. 641 unter Berufung auf Micheli und seine These, dass es keine festen Beweisthemen in der italienischen Rechtsordnung gebe. Als Beispiele führt Verde dann u. a. die *decadenza* (Verwirkung) an, die in einigen Fällen als anspruchsbegründend in anderen als rechtshindernd angesehen wurde.

⁶⁵ Fabbri, Presunzioni, Digesto XIV, S. 283 ff.

⁶⁶ Patti, S. 97; Verde, Prova, Teoria generale e diritto processuale, Enc. dir. XXXVII, S. 630

⁶⁷ Als weitere Mindermeinungen werden diskutiert die Lehre von Währendorf (Beweislastverteilung nach materiellrechtlichen Haftungsprinzipien), das Angreiferprinzip (Beweislast bei demjenigen, der unabhängig von der Rolle im Prozess die bestehende Situation verändern will), das Prinzip der Gefahrerhöhung, der Grundsatz der Waffengleichheit und die bessere Aufklärungsmöglichkeit der Parteien. Übersicht über diese Ansichten bei Baumgärtel, Rn. 162 ff.

Das Wahrscheinlichkeitsprinzip⁶⁸, stellt grundsätzlich darauf ab, dass der Kläger den statistisch wahrscheinlichsten Fall, den Normalfall, zu beweisen hat, der Beklagte die Ausnahme. Im konkreten Prozess kommt es jedoch auf eine konkrete Lebenswahrscheinlichkeit an, so dass sich im einzelnen Prozess jeweils die konkrete Beweislast der Parteien nach dem Prinzip wahrscheinlicher Fall – weniger wahrscheinlicher Fall bestimmt. Dies hat jedoch nicht nur Rechtsunsicherheit zur Folge, sondern verstößt auch gegen verfassungsrechtliche Prinzipien.

Ferner wird eine Beweislastverteilung nach Gefahrbereichen von Literatur und Rechtsprechung vertreten. Danach soll die Beweislast nach dem Prinzip der von der jeweiligen Partei beherrschten Sphäre verteilt werden⁶⁹. Die Verteilung nach Gefahrbereichen ist aber nicht für eine grundlegende Beweislastverteilung tauglich, da hinsichtlich der Abgrenzung der einzelnen Gefahrbereiche Schwierigkeiten bestehen, zumal Beweisnähe und räumlicher Gefahrenbereich nicht immer übereinstimmen⁷⁰.

An dieser Stelle sei jedoch bereits bemerkt, dass die Rechtsprechung das Prinzip des Gefahrbereichs jedoch in bestimmten Fällen anwendet, in denen eine von der Grundregel abweichende Beweislastverteilung erreicht werden soll. Ausgehend vom Rechtsinstitut der pVV verteilt die Rechtsprechung die Beweislast für das Verschulden nach dem Gefahrbereich, also von einem von einer Partei allein beherrschten Herrschafts- und Organisationsbereich, wobei eine Analogie zur Beweislastregel § 282 BGB gezogen wird⁷¹.

2. Die objektive Beweislast und ihre Abgrenzung zur subjektiven Beweislast

Ebenfalls mit dem Begriff der Beweislast verbunden ist die Überwindung des *non liquet*. Hierfür wird, wie bereits gesagt, auch der Begriff der objektiven Beweislast verwendet. Da teilweise eine Trennung in der deutschen Literatur von der Verteilung kaum auszumachen ist, weil mit der methodischen Überwindung des *non liquet* auch die Frage der Verteilung

⁶⁸ Gottwald, Jura 1980, 225, 230 f.

⁶⁹ Baumgärtel, Rn. 163

⁷⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 673

⁷¹ Gottwald, Jura 1980, 225, 231

des Nachteils verbunden wird, soll an dieser Stelle auch auf die objektive Beweislast eingegangen werden.

Der Begriff der objektiven Beweislast wird in der deutschen Lehre stets im Zusammenhang mit der subjektiven Beweislast genannt, so dass zunächst auf dieses Begriffspaar eingegangen werden soll. Es sei jedoch an dieser Stelle bereits gesagt, dass die subjektive Beweislast für die folgenden Ausführungen keine Rolle mehr spielt und nur der Vollständigkeit halber hier angeführt werden soll.

Es besteht heute Einigkeit darüber, dass aufgrund der unterschiedlichen Adressaten (Partei bzw. Gericht) zwischen sog. subjektiver und objektiver Beweislast zu unterscheiden ist⁷². Denn lange Zeit war nur die subjektive Beweislast bekannt⁷³, so dass mit der ersten Gegenüberstellung von subjektiver und objektiver Beweislast Ende des 19. Jahrhunderts eine heftige Kontroverse in Deutschland über diesen Dualismus entbrannte, die nun überholt ist und daher keiner Ausführung mehr bedarf⁷⁴. Die objektive Beweislast ist inzwischen das „eindeutig dominierende Phänomen“⁷⁵.

a) Die deutsche Lehre

aa) Die subjektive Beweislast

Die subjektive Beweislast bezeichnet die während des Prozesses (Beweisaufnahme) erforderlichen Parteihandlungen, d.h. welche Partei welche Beweisanträge stellen muss, um eine für sich günstige Rechtsfolge herbeizuführen bzw. eine negative zu vermeiden⁷⁶. Sie wird daher auch in Deutschland (abstrakte) Beweisführungslast genannt⁷⁷.

⁷² Vgl. Rosenberg, S. 17 f., der die These der Unterscheidung vertritt und sich mit den damaligen Gegnern noch auseinandersetzt. Vgl. heute zu dem Thema Gottwald, Jura 1980, 225, 226 f.; Prütting, S. 6.

⁷³ Der römische Formularprozess kannte aufgrund seiner prozessualen Ausgestaltung nur die subjektive Beweislast. Denn anstelle der heutigen Beweislastentscheidung konnte der Richter seinen Demissionseid leisten und aus dem Verfahren ausscheiden, vgl. Musielak, S. 199. Auch im späteren Kognitionsverfahren der klassischen Zeit ist nur die sog. subjektive Beweislast bekannt, vgl. Kaser/Hackl, S. 491. Durch die Übernahme des römischen Rechts in Mittelalter wurde auch die Figur der subjektiven Beweislast übernommen.

⁷⁴ Rosenberg, S. 17 f. über die Adaption der Begriffe der objektiven und subjektiven Beweislast aus dem österreichischen Prozessrecht. Statt objektiver und subjektiver Beweislast waren früher zunächst die strafrechtlichen Begriffe der materiellen und prozessualen Beweislast üblich, wurden dann aber durch erste abgelöst. Hierzu auch Prütting, S. 6

⁷⁵ Prütting, S. 7

⁷⁶ Baumgärtel, Rn. 14; Gottwald, Jura 1980, 225, 226

⁷⁷ Rosenberg, S. 18 ff.

Mit ihr korrespondiert zu Beginn eines Prozesses die so genannte konkrete Beweisführungslast. Diese ist ein Produkt der jüngeren deutschen Lehre. Im Verlauf des Prozesses kann diese von der abstrakten Beweisführungslast abweichen, wenn das Gericht sich eine vorläufige Überzeugung über eine Tatsache gebildet hat, so dass nun der Gegner an der Reihe ist, diese Überzeugung zu zerstreuen⁷⁸. Die konkrete Beweisführungslast ist damit von der Beweiswürdigung abhängig und nicht, wie die abstrakte Beweisführungslast, von objektiven Beweislast. Sie pendelt deshalb im Prozess zwischen den Parteien hin und her⁷⁹.

bb) Die objektive Beweislast

Die grundlegende abstrakte Regelung des Beweisrechts über die Entscheidung im Prozess im Fall des *non liquet* ist, wie bereits gesagt, Gegenstand der objektiven Beweislast⁸⁰: Während bei der objektiven Beweislast der Begriff „Beweislast“ häufig kritisiert wurde, drückt er bei der subjektiven präzise die Obliegenheit der Parteien zum Handeln aus, welche im Falle der Unterlassung mit dem Verlust des Prozesses sanktioniert wird. Dieses Handeln der Parteien ist jedoch nicht Gegenstand der objektiven Beweislast. Letztere besteht unabhängig vom Handeln der Parteien und betrifft die Entscheidungspflicht des Gerichts. Trotzdem hat sich der Begriff der objektiven Beweislast eingebürgert, obwohl nachgewiesen wurde, dass er nicht den Punkt trifft⁸¹.

Von der objektiven Beweislast leitet sich zum einen die subjektive, abstrakte Beweislast ab⁸² bzw. stimmt während des gesamten Prozesses mit ihr überein⁸³. Zum anderen gibt sie dem Gericht eine Regelung an die Hand, wie im Falle eines *non liquet* am Ende des Prozesses zu entscheiden ist⁸⁴.

⁷⁸ Gottwald, Jura 1980, 225, 227

⁷⁹ Prütting, S. 29

⁸⁰ Prütting, S. 17

⁸¹ Rosenberg hatte hierfür Feststellungslast vorgeschlagen, vgl. Rosenberg, S. 16. Auch andere Begriffe wurden hierfür vorgeschlagen wie Feststellungsrisiko oder Unklarheitenrisiko., vgl. Prütting, S. 34 f. m w N, aber der Begriff der objektiven Beweislast hat sich in Literatur und Rechtsprechung durchgesetzt.

⁸² Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 286, Rn. 96

⁸³ Prütting, S. 28

⁸⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 669

b) Die italienische Lehre

Diese von der deutschen Wissenschaft erarbeitete Unterscheidung der subjektiven und objektiven Beweislast ist auch teilweise in Beiträgen der italienischen Literatur zu finden, die entsprechend die vom Deutschen ins Italienische übersetzten Bezeichnungen *onere della prova in senso oggettivo* bzw. *sogettivo* verwendet. Grund hierfür ist, dass diejenigen, die dieses Thema abhandeln, insoweit die deutsche Lehre adaptieren bzw. nur wiedergeben⁸⁵. Das bedeutet jedoch nicht, dass das italienische Recht im Übrigen diese Unterscheidung nicht kennen würde. Sie ist zwar bekannt und wird von der Lehre erörtert, im Ergebnis wird sie aber von der Literatur überwiegend als rein theoretische Schematisierung und für die Praxis als überflüssig abgelehnt⁸⁶.

Die italienische Literatur befasst sich aufgrund ihrer heutigen Bedeutung daher fast ausschließlich mit der objektiven Beweislast. Sie behandelt dieses Thema unter dem Stichwort *regola di giudizio* (Entscheidungsregel). Diese verteilt das Risiko des fehlenden Beweises im Falle eines *non liquet*⁸⁷, und umfasst allenfalls als Nebeneffekt das Handeln der Parteien⁸⁸. Dies begründet sie damit, dass angesichts des im Zivilprozess herrschenden *principio di acquisizione*⁸⁹ den Parteien gerade nicht die Pflicht zur Erbringung bestimmter Beweise auferlegt wird, weil das Gericht aus einem angebotenen Beweismittel auch den Beweis für alle anderen Tatsachen

⁸⁵ Es werden nicht nur jeweils die deutschen Bezeichnungen der objektiven und subjektiven Beweislast verwendet, sondern diesbezüglich u. a. auch deutsche Literatur zitiert. Comoglio, *Le prove*, Trattato Rescigno XIX, S. 198, Fn. 20 bezeichnet diese daher auch als deutsche Unterscheidung („*distinzione germanica*“) zwischen subjektiver und objektiver Beweislast.

Ein Grund dafür, dass diese wissenschaftliche Unterscheidung nicht den Widerhall in Italien wie in Deutschland gefunden hat, mag sein, dass es in Italien bereits im Zivilgesetzbuch von 1865 in Art. 1312 einen sozusagen Vorläufer von Art. 2697 gab, der allerdings auf das Thema der *obbligazioni* beschränkt war, während in Deutschland keine gesetzliche Regelung getroffen wurde (s. o.).

⁸⁶ Comoglio, *Le prove*, Trattato Rescigno XIX, S. 198; Micheli, S. 109 ff., insbesondere S. 112; a. A. Patti, S. 15, der jedoch darauf hinweist, dass die deutsche und auch italienische Lehre dem Konzept der subjektiven Beweislast aufgrund der umfassenden Befugnisse des Gerichts immer weniger Bedeutung beimisst.

⁸⁷ Taruffo, *Onere della prova*, Digesto XIII, S. 72 f., der der subjektiven Beweislast jegliche eigenständige operative Bedeutung abspricht. Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 2697 c.c., Anm. II, Rn. 2

⁸⁸ Comoglio, *Le prove*, Trattato; Rescigno XIX, S. 200 f. („...*come effetto secondario l'indubbio stimolo ad agendum che l'art. 2697 esercita nei confronti dell'onerato*...“)

⁸⁹ Das *principio di acquisizione* ist Ausfluss der freien Beweiswürdigung durch den Richter, geregelt in Art. 116 der italienischen Zivilprozessordnung (c.p.c.). Der Richter kann danach die ihm angebotenen Beweise frei nach seinem Ermessen verwerten unabhängig davon, welche Partei ihm den Beweis angeboten hat und ob diese nach der Verteilung der Beweislast hierzu verpflichtet war. Der Richter kann somit sogar negative Schlüsse aus dem von der beweisbelasteten Partei angebotenen Beweis ziehen. Vgl. Carpi/Taruffo, Art. 116 c.p.c., Anm. IV. Vgl. die entsprechende Rechtslage in Deutschland in Zöller/Greger, ZPO, § 286, Rn. 2; Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 286 ZPO, Rn. 31 f., wonach das Gericht das gesamte Ergebnis der Beweisaufnahme zur Grundlage seiner Beweiswürdigung zu machen hat. Dieser Grundsatz gilt allerdings nur für die Beweiswürdigung, nicht für die Beweiserhebung, wo die Regeln über die Beweislast verbindlich gelten.

entnehmen kann, unabhängig davon, wer den Beweis angeboten hat und wer ihn nach Art. 2697 c.c. zu erbringen hätte⁹⁰. Aufgrund dessen und der Rolle des Gerichts im Prozess habe die subjektive Beweislast letztendlich keine tatsächliche Bedeutung⁹¹.

Unbekannt ist im italienischen Recht die Unterscheidung von abstrakter und konkreter Beweisführungslast. Zwar findet man in der Literatur Stellen, in denen die im angloamerikanischen Recht übliche Unterscheidung von *burden of proof* (Beweislast) und *burden of producing evidence* (Beweisführungslast) angesprochen wird. Allerdings unterscheidet sich das im Rahmen des *common law* entwickelte Beweissystem insofern vom italienischen Recht, dass der Prozess sofort zu Ende ist, wenn eine Partei keinen Beweis mehr antreten kann⁹². Da in Italien der Prozess unabhängig vom Handeln der Parteien in der Beweisaufnahme nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt wird und damit eine völlig andere prozessuale Situation gegeben ist, wird die Idee der konkreten Beweisführungslast in diesem Zusammenhang nicht weiter verfolgt⁹³. Man kann damit sagen, dass diese Unterscheidung des deutschen Rechts in Italien nicht existiert⁹⁴.

3. Beweislastentscheidung im Falle des *non liquet*

Aufgabe der objektiven Beweislast bzw. *regola di giudizio* ist die Überwindung des *non liquet*⁹⁵. In diesem Fall hat das Gericht eine Entscheidung zu treffen⁹⁶. Wie diese Entscheidung jedoch zu lauten hat bzw. wie das Gericht zu dieser Entscheidung gelangen soll, ist in Deutschland weder der Grundregel über die Verteilung der Beweislast noch sonst einer gesetzlichen Bestimmung zu entnehmen. Auch Art. 2697 c.c. gibt hierüber

⁹⁰ Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 72 f.; Comoglio, Le prove, Trattato Rescigno XIX, S. 217, der dies mangels Stütze im Gesetz als auch aufgrund Widerspruchs zu den Art. 115 f. c.p.c. ablehnt.

⁹¹ Die eigenständige Bedeutung der subjektiven Beweislast belegt im deutschen Recht hingegen Prütting, S. 26 ff., u. a. mit dem Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 ZPO und dem Argument der Kostentragung für die Beweisaufnahme

⁹² Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 73

⁹³ Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 73

⁹⁴ Patti, S. 18, versucht daher den Gegenbeweis (*controprova*) zumindest unter bestimmten Aspekten mit der konkreten Beweisführungslast gleichzusetzen. Es ist klar, dass der Beklagte erst dann zur Beweisführung aufgerufen ist, wenn sich der Richter vom Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen überzeugt ist. Dann geht die konkrete Beweisführungslast auf den Beklagten über, der nun seinerseits den Gegenbeweis oder aber Hauptbeweis führen kann. Während die konkrete Beweisführungslast den Parteien sagt, wer nun an der Reihe ist, gibt jedoch der Gegenbeweis eigentlich nur die Beweisrichtung an.

⁹⁵ Baumgärtel, Rn. 10; Verde, S. 40

⁹⁶ Verde, S. 58 f., der als Rechtsnormen Art. 55, 328 c.p.c. sowie die Verfassungsnormen Art. 24 und 101 cost. zur Verpflichtung der Richter, eine Entscheidung zu erlassen, zitiert.

keinen direkten Aufschluss. Zwar kann man grundsätzlich sagen, dass in allen europäischen Rechtsordnungen eine materielle Norm nicht angewendet wird, wenn die Tatsachen ihrer Voraussetzungen nicht zur Überzeugung des Gerichts erwiesen wurden, also ein *non liquet* vorliegt. Die Entscheidung fällt dann gegen die Partei, die die Beweislast trägt. Die dogmatische Begründung hat in beiden Ländern viele Lehrmeinungen hervorgerufen. Diese sollen der Vollständigkeit halber nur jeweils kurz dargestellt werden, ohne diese im Einzelnen näher einzugehen, da dieses den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

a) Die Lehrmeinungen in Deutschland

Rosenberg hat in seiner grundlegenden Normtheorie zwar berücksichtigt, dass im Falle des *non liquet* der Richter mit Hilfe der Beweislastnormen eine Entscheidung zuungunsten derjenigen Partei fällt, die die Beweislast trägt, aber hat diesen Umstand methodisch nicht begründet, da sich die Normtheorie auf Fragen der Verteilung der Beweislast konzentriert⁹⁷. Schwab versucht dieses von der Literatur heftig kritisierte⁹⁸ Manko zu beheben, indem er davon ausgeht, dass der Normtheorie eine sog. Operationsregel zugrunde liegt, nach der im Fall des *non liquet* stets zuungunsten der beweisbelasteten Partei eine Entscheidung zu treffen ist, die sich entweder aus § 286 ZPO oder ungeschriebenem Gesetzesrecht herleiten lasse⁹⁹. Durch diese Ergänzung rückt Schwab die Normtheorie zu den modernen Beweislasttheorien, die von einem Dualismus von Beweislastnormen und materiellrechtlichen Normen ausgehen¹⁰⁰, da die materiellrechtlichen Normen allein dem Richter im Fall des *non liquet* keine Entscheidung ermöglichen.

⁹⁷ Vgl. Rosenberg, S. 14 ff. und Prütting, S. 148 ff., der die These Rosenbergs von der Gleichstellung von *non liquet* und widerlegt als Nichtanwendungstheorie bezeichnet, da er sich nicht zu dem Problem geäußert habe, warum der Richter zu dieser Gleichstellung ermächtigt sei. Hingegen ist Rosenberg (S. 16) der Auffassung, dass „...der Umstand, dass die Ungewissheit einer Tatsache für eine Partei den Prozessverlust herbeiführen würde, die selbstverständliche, vom Gesetzgeber erwartete und verwertete Folge, dass diese Partei sich um die Aufhellung des streitigen Tatbestandes bemühen soll, um den ungünstigen Prozessausgang zu vermeiden.“ Hieraus kann man ableiten, dass Rosenberg diese von der Literatur geforderte methodische Begründung als gar nicht erforderlich ansah, weil diese aus der Verteilung der Beweislast resultierende Verteilung des Nachteils logische Konsequenz war.

⁹⁸ Baumgärtel, Rn. 136; Schwab, FS für Bruns, S. 506; Prütting, S. 114

⁹⁹ Schwab, FS für Bruns, S. 519

¹⁰⁰ Schwab, FS für Bruns, S. 508 f., wobei nicht streng zwischen Verteilung der Beweislast und methodischer Überwindung des *non liquet* sowie Verteilung des Nachteils unterschieden wird.

Dogmatisch in diesem Sinne argumentieren Leipold und Musielak¹⁰¹. Die Beweislastnormen sollen dem Richter im Fall des *non liquet* die Antwort geben, ob er eine Tatsache als bestehend oder nicht bestehend ansehen soll. Leipold, der die Notwendigkeit einer solchen Regelung für den Falle des *non liquet* als erster herausgearbeitet hat, legt zu dessen methodischer Überwindung eine Beweislastnorm zugrunde, deren Tatbestand das *non liquet* und deren Rechtsfolge die Fiktion¹⁰² des Bestehens oder Nichtbestehens des Tatbestandsmerkmals ist¹⁰³. Dabei dienen die Beweislastnormen sowohl der Überwindung des *non liquet* als auch der Verteilung des Streitrisikos¹⁰⁴.

Musielak geht von der von ihm als negative Grundregel bezeichneten Regel der Nichterfüllung eines Rechtssatzes aus, wenn dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Dies gilt nicht nur für den Fall des *non liquet*, sondern generell für alle Fälle. Diese negative Grundregel kann jedoch, weil sie inhaltsleer ist, erst im Zusammenhang mit der anzuwendenden Gesetzesregelung eine Anweisung an den Richter geben¹⁰⁵. Die Verteilung des Nachteils ergibt sich bei Musielak also dadurch, dass die negative Grundregel durch die Regeln über die Verteilung der Beweislast ergänzt wird¹⁰⁶.

Einen völlig anderen Ansatz vertritt Prütting. Im Gegensatz zu Musielak und Leipold trennt er streng zwischen Verteilung der Beweislast und Überwindung des *non liquet*. Nach seiner Ansicht haben Beweislastnormen nur die Verteilung der Beweislast in Ergänzung zum materiellen Recht zum Gegenstand, während für die Überwindung des *non liquet* eine sog. Operationsregel anzuwenden ist. Diese Operationsregel, die die Fiktion der Erfüllung bzw. Nichterfüllung des Tatbestandsmerkmals gebietet, ist eine Anweisung an den Richter ohne jede Rechtsnormqualität¹⁰⁷.

¹⁰¹ Leipold, S. 64; Musielak, S. 393

¹⁰² Prütting, S. 154 weist richtig nach, dass es sich hier nur um eine Fiktion und keine Vermutung handeln kann, da durch Beweislastnorm eine Situation einer anderen gleichgestellt wird, die gerade nicht gleich sind, also nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt.

¹⁰³ Leipold, S. 64; Baumgärtel, Rn. 138; Prütting, S. 154

¹⁰⁴ So die Ansicht von Prütting, S. 155, da sich Leipold selbst hierzu nicht ausdrücklich äußert.

¹⁰⁵ Musielak, S. 293, 300 f.

¹⁰⁶ Gottwald, Jura 1980, 225, 228, der die Ansicht von Musielak vertritt

¹⁰⁷ Prütting, S. 167 ff., insbesondere S. 170, 171

Die Kritik, die die Vertreter der einzelnen Ansichten aneinander üben¹⁰⁸, zeigt, dass die Ansichten nicht besonders weit auseinander gehen, zumal Übereinstimmung bezüglich eines Dualismus von Verteilung der Beweislast und methodischer Überwindung des *non liquet* besteht. Auch kommen alle zu dem Ergebnis, dass letztendlich der Inhalt der Entscheidung des Gerichts aus den materiellen Rechtssätzen herzuleiten ist, wobei eben die Verteilung des Nachteils von der Beweislastverteilung abhängt¹⁰⁹. Die methodische Überwindung des *non liquet* kann nur mit Hilfe einer Fiktion erfolgen¹¹⁰. Prütting hat dies wohl am klarsten herausgearbeitet. Abweichungen der Ansichten beruhen auch darauf, dass diese den Begriff der Beweislastregel, den alle verwenden, unterschiedlich einsetzen. Bei Leipold dient sie zur Überwindung des *non liquet* und der Verteilung der Beweislast, bei Prütting nur der Verteilung der Beweislast und bei Musielak der Überwindung des *non liquet*. Ferner wird die Fiktion zur Überwindung des *non liquet* unterschiedlich qualifiziert.

b) Die Lehrmeinungen in Italien

Auch in Italien werden verschiedene Ansichten vertreten. Das Kriterium, welches dem Richter erlaubt, in der Entscheidungsphase über den Erfolg oder Misserfolg der Klage hinsichtlich des erbrachten oder nicht erbrachten Beweises zu entscheiden, wird mit *regola di giudizio* bezeichnet¹¹¹. Diese ist nach einer Ansicht an Art. 2697 c.c. insofern gebunden, dass die dort enthaltene Regel nicht nur die Beweislast verteilt, sondern auch die Verteilung des Nachteils. Letztere ist geeignet, dem Richter in genereller Form eine Entscheidungsregel an die Hand zu geben. Eine gesonderte Regelung zur methodischen Überwindung des *non liquet* ist nicht nötig, schon gar nicht in Form einer Vermutung oder Fiktion, da eine nicht zur Überzeugung nachgewiesene Tatsache schlicht nicht angenommen und deshalb der Anspruch oder die Einwendung abgewiesen wird¹¹².

¹⁰⁸ z.B. Musielak an Prütting in Musielak/Stadler, Rn. 222; Prütting an Musielak in Prütting, S. 158 ff.

¹⁰⁹ Baumgärtel, Rn. 142

¹¹⁰ So auch Prütting, S. 169; Musielak/Stadler, Rn. 222; Leipold, S. 19

¹¹¹ Allgemein hierzu Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 74; konkreter definiert Verde, S. 27, die *regola di giudizio* als Verbot an den Richter, eine nicht erwiesene Tatsache als gegeben anzusehen.

¹¹² Comoglio, Le prove, Trattato Rescigno XIX, S. 204

Eine andere heftig kritisierte Ansicht sieht in der *regola di giudizio* eine sog. *prova legale*, eine Beweisregel, durch die der Gesetzgeber dem Richter die Beweiswürdigung vorgibt¹¹³. Diese Ansicht übersieht jedoch, wie die Kritik ergibt, dass sich Beweisregeln auf die Beweiswürdigung beziehen und nicht auf die Beweislast¹¹⁴.

Des Weiteren wird eine Ansicht vertreten, dass die *regola di giudizio* das Gericht verpflichtet zu vermuten, dass nicht erwiesene Tatsachen nicht existieren¹¹⁵. Gegen diese Theorie wird eingewandt, dass das Gericht so endgültig nicht erwiesene Tatsachen als nicht existent erachten muss. Es stellt damit aufgrund der Vermutung etwas definitiv fest, anstatt eine Schlussfolgerung aus der Unmöglichkeit der Feststellung zu ziehen¹¹⁶.

Gleiche Kritik wird auch gegen die Ansicht eingewandt, nach der das Gericht im Falle des *non liquet* das Nichtbestehen der nicht erwiesenen Tatsache zu fingieren hat¹¹⁷. Die Kritiker dieser Ansichten vertreten, ähnlich wie Prütting die Ansicht, dass die *regola di giudizio* nur eine *regola di ragione* ist, die dem Richter die positive Annahme von nicht erwiesenen Tatsachen verbietet¹¹⁸ und keinen Rechtsnormcharakter hat¹¹⁹.

Wieder eine andere Ansicht nimmt an, dass das Gegenteil der vom Gesetz vorgesehenen *fatti costitutivi* und *impeditivi* oder anders gesagt, *fatti costitutivi* und *impeditivi* mit umgekehrten Vorzeichen, als existent vermutet werden, so dass nun der Beweispflichtige die *fatti costitutivi* bzw. *impeditivi* zu beweisen hat, wenn er nicht aufgrund der Vermutung das Risiko des fehlenden Beweises tragen will¹²⁰. Auch gegen diese Theorie kann eingewandt werden, dass das Gericht im Falle des *non liquet* die Tatsachen als nicht bestehend ansehen muss, da gerade das Gegenteil, eben das

¹¹³ Verde, S. 113 f. über die *teoria della prova legale*

¹¹⁴ Micheli, S. 197, der jedoch eine Annäherung der beiden Institute erkennen will.

¹¹⁵ Verde, S. 117 f., der diese Theorie im Ergebnis jedoch ablehnt, weil er der Auffassung ist, dass eine Gleichstellung einer nicht erwiesenen Maßnahme mit einer aufgrund einer Vermutung nicht bestehenden für die Überwindung des *non liquet* nicht erforderlich ist, weil der Richter nicht erwiesene Tatsachen nicht als bestehend ansehen kann. Er hält daher im Ergebnis auch eine Regel, die dem Richter sagt, eine nicht erwiesene Tatsachen als nicht bestehend anzusehen für überflüssig.

¹¹⁶ Verde, S. 120

¹¹⁷ Verde, S. 120 ff., der diese Ansicht wiedergibt und deshalb ablehnt, weil der Gesetzgeber durch eine Fiktion zwei ungleiche Tatbestände gleichsetzt, während hier nicht erwiesene Tatsachen und nicht bestehende gleichgesetzt würden.

¹¹⁸ Verde, S. 123

¹¹⁹ Verde, S. 125

¹²⁰ Sacco, *Rivista di diritto civile* 1957, S. 399, 407

Nichtbestehen einer anspruchsbegründenden oder rechtshindernden Tatsache, vermutet wird.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sowohl in Deutschland als auch in Italien ähnliche Ansichten vertreten werden. Die von der deutschen Literatur favorisierte Fiktion als Mittel zur methodischen Überwindung des *non liquet* wird auch in Italien vertreten, findet jedoch weniger Zustimmung als die Ansicht, dass es keiner gesonderten „Operationsregel“ bedarf bzw., dass, wie Prütting vertritt, dass diese Regel keinen Rechtsnormcharakter hat. Im Gegensatz zu Prütting wird aber keine positive oder negative Fiktion angenommen, sondern, ohne weitere methodische Begründung, nur die Gleichstellung von bestehenden Tatsachen mit nicht feststellbaren Tatsachen verboten wird. Manko dieser Ansicht im Gegensatz zu Prütting ist, dass das Methodenproblem nicht gelöst wird. Der ersten Ansicht kann nur insoweit zugestimmt werden, als dass sich der Inhalt der Entscheidung aus der Verteilung der Beweislast ergibt. Trotzdem, auch wenn ohne praktische Auswirkung, bedarf es einer Methode zur Überwindung des *non liquet*. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Theorie über die Fiktion, entsprechend dem deutschen Recht, vorzugswürdig.

IV. Beweislastumkehr und Beweiserleichterungen

Nach der Grundregel der Beweislast ergibt sich also eine vom Gesetz vorgegebene und grundsätzlich gewünschte Verteilung der Beweislast auf die Parteien. Jede Partei muss die ihr günstigen Tatsachen nachweisen.

In einigen Fällen ergibt sich nach der Grundregel jedoch eine Verteilung der Beweislast, die der beweisbelasteten Partei die Führung eines Beweises auferlegt, den sie gar nicht erbringen kann. Diese Beweisnot der Partei wird nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens deshalb als unbillig empfunden, da der Prozessverlust in diesen gleichgelagerten Fällen stets unausweichlich ist. Dies hat nichts mit Einzelfallgerechtigkeit zu tun. Vielmehr ist hier an Fälle zu denken, die immer auf der Grundlage der gleichen Anspruchsnorm geführt werden, und immer zu derselben Waffenungleichheit führen. Zur Vermeidung dieser Prozesssituation bestehen mehrere Möglichkeiten. Diese betreffen zum einen die Beweislast, zum anderen die Beweiswürdigung.

1. Einfluss auf die Verteilung der Beweislast

a) Beweislastumkehr

aa) Begriff der (echten) Beweislastumkehr / *inversione dell'onere della prova*

Eine Beweislastumkehr im eigentlichen Sinne liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Beweislast abweichend von der Grundregel verteilt wird. Z.B. wenn der Beweis für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmals nicht vom Anspruchsteller, sondern dessen Gegenteil vom Gegner zu beweisen ist. Damit verschiebt sich auch das Risiko der Beweislosigkeit im Falle eines *non liquet*. In diesem Fall kann man von einer echten Umkehr der Beweislast sprechen¹²¹. Nach dieser Definition kann die Umkehr sowohl aufgrund gesetzlicher Regelungen oder Parteivereinbarungen und -handlungen, die die Beweislast abweichend verteilen, als auch richterrechtlicher Fortbildung beruhen. In Italien werden diese Möglichkeiten einer Beweislastumkehr daher von dem Begriff *inversione dell'onere della prova* erfasst, der damit entgegen einer Ansicht in der deutschen Literatur weiter gefasst ist¹²².

In Deutschland wird nämlich die Auffassung vertreten, dass die Definition enger gehalten werden müsste, so dass nur richterrechtliche Abweichungen von der normativen Grundlage als Beweislastumkehr anzusehen seien. Abweichende gesetzliche Beweislastregeln gäbe es zu viele und aus zu vielen unterschiedlichen Gründen, als dass ihre Einbeziehung für den Begriff von Gewinn wäre¹²³. Dies ist jedoch nicht unstrittig, da die Gegenansicht

¹²¹ Taruffo, *Onere della prova*, Digesto XIII, S. 74; Baumgärtel, FS für Nakamura, S. 43; Prütting, S. 21 f.

Gesetzliche Regelungen, die die Beweislast umkehren sind im BGB u. a. §§ 282, 363, 442, 636.

Eine Beweislastumkehr wird von der deutschen Rechtsprechung u. a. angenommen, wenn der Gegner die Beweisführung durch den Beweisbelasteten schuldhaft unmöglich gemacht hat (Beweisvereitelung) oder im Falle der groben Verletzung von Berufspflichten, insbesondere der Arzthaftung, in denen der Arzt schuldhaft den Kranken einer Gefährdung aussetzt, vgl. Blomeyer, AcP 158, 97 ff.

¹²² Die in Art. 2698 c.c. geregelte Beweislastumkehr aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung wird als *inversione patizia dell'onere della prova* bezeichnet, das Beweisangebot im Verfahren durch die nicht belastete Partei als *inversione unilaterale della prova in senso proprio* (der entsprechende Begriff *inversione unilaterale della prova in senso lato* bezeichnet keine Beweislastumkehr, sondern das Angebot des Gegenbeweises, ohne dass der Hauptbeweis geführt worden wäre).

¹²³ Musielak, S. 132; Prütting, S. 22; Zöller/Greger, ZPO, Vor § 284, Rn. 22

Eine Beweislastumkehr wird von der deutschen Rechtsprechung u. a. angenommen, wenn der Gegner die Beweisführung durch den Beweisbelasteten schuldhaft unmöglich gemacht hat (Beweisvereitelung) oder im Falle der groben Verletzung von Berufspflichten, insbesondere der Arzthaftung, in denen der Arzt schuldhaft den Kranken einer Gefährdung aussetzt, vgl. Blomeyer, AcP 158, 97 ff.

auch die gesetzlichen Beweislastnormen in den Begriff mit einbezieht¹²⁴. Letztere Ansicht wird auch hier vertreten, da die Beweislastregeln gerade die klassischen Beispiele für eine abweichende Verteilung der Beweislast sind. Auch die italienische Lehre und Rechtsprechung sehen in den gesetzlichen Beweislastregeln eine *inversione dell'onere della prova*¹²⁵.

In Deutschland wird manchmal auch die Umkehr der konkreten Beweisführungslast als Beweislastumkehr bezeichnet, obwohl hier die objektive Beweislast nicht abgeändert wird. Hingegen wird diese Umkehr der konkreten Beweisführungslast in Italien, da auch der Terminus der konkreten Beweisführungslast in Italien nicht existiert, von der neueren italienischen Literatur allenfalls unter dem Thema der *inversione dell'onere della prova* erörtert¹²⁶.

Bei der Umkehr der konkreten Beweisführungslast obliegt nun einer Partei abhängig von dem bisherigen Ergebnis der Beweiswürdigung die Beweisführung, um den Prozess nicht verlieren. Dabei handelt es sich in der Regel um die Führung des Gegenbeweises, da der Hauptbeweis von der anderen Partei zumeist durch Hilfe einer Beweiserleichterung bereits zu Überzeugung des Gerichts geführt wurde¹²⁷. Die Bezeichnung Beweislastumkehr ist daher irreführend. In diesem Fall ist daher zur Abgrenzung besser der hier verwendete Terminus einer Umkehr der konkreten Beweisführungslast zu verwenden.

bb) Möglichkeiten einer Beweislastumkehr

Eine Beweislastumkehr erfolgt entweder aufgrund gesetzlicher Grundlage, Parteivereinbarung oder durch die Rechtsprechung.

Der Gesetzgeber hat bereits präventiv durch besondere Beweislastregelungen eingegriffen, die die Beweislast abweichend von der Grundregel verteilen. Hierzu zählen in Deutschland, wenn man nicht auch wie Leipold und Prütting (s. o.) bereits rechtshindernde Tatsachen als

¹²⁴ Baumgärtel, Rn. 446, Fn. 13

¹²⁵ Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2727 c.c., Anm. II

¹²⁶ Taruffo, *Rivista di diritto e procedura civile* 1992, 733, 738, der von einer richterlichen Änderung der Beweislast spricht (*modificazione giudiziale dell'onere della prova*).

Beweislastsonderregeln ansieht, die ausdrücklichen gesetzlichen Beweislastregeln mit denen die Beweislast umgekehrt wird¹²⁸. Ausdrückliche Beweislastregeln finden sich im c.c. kaum. Diese sind eigentlich aufgrund des 1942 eingeführten Art. 2697 c.c. im Gegensatz zum c.c. von 1865 überflüssig geworden, da letzterer nur für die *obbligazioni* eine entsprechende Beweislastregel vorsah¹²⁹. Im Gegensatz zu den oben angesprochenen deutschen Beweislastregeln wird z.B. bei Art. 1218 c.c. für die Beweislastumkehr eine Vermutung der Schuld angenommen. Solche Vermutungen, die die Beweislast umkehren, finden sich auch im deutschen Recht (z.B. § 282 BGB). Es handelt sich bei diesen Vermutungen jedoch nicht um Vermutungen im eigentlichen Sinne (s. u.), sondern um sog. voraussetzungslose Vermutungen oder Interimswahrheiten, die ein (anspruchsbegründendes) Tatbestandsmerkmal als bestehend unterstellen und somit den Beweis des Gegenteils der anderen Partei auferlegen¹³⁰. Aber auch diese „Vermutungen“ gehören zu den Beweislastregeln, da im Ergebnis die Beweislast genau wie bei den ausdrücklichen Regelungen verteilt wird.

Auch die Parteien selbst haben die Möglichkeit, mittels eines Vertrages die gesetzliche Beweislast abzuändern. Allerdings können die Parteien nicht frei disponieren, da ihnen das Gesetz Schranken setzt¹³¹. In Italien bestimmt Art. 2698 c.c., dass Verträge über die Beweislast nichtig sind, wenn sie über zwingendes Recht geschlossen wurden oder die Beweislastumkehr oder –änderung einer Partei die Rechtsausübung erschwert. In Deutschland ist eine in AGB vereinbarte vertragliche Beweislastumkehr nach § 11 Nr. 15 AGBG unwirksam.

In Italien kann auch das prozessuale Verhalten eine Beweislastumkehr bewirken, wenn die nicht beweisbelastete Partei entsprechenden Beweis anbietet und, so die strenge Rechtsprechung, willentlich auf die Vorteile der Regelung des Art. 2697 c.c. verzichtet bzw. durch die Beweisübernahme

¹²⁷ Zur Abgrenzung von Beweislastumkehr und Umkehr der konkreten Beweisführungslast vgl. Baumgärtel, FS für Nakamura, S. 41 ff, insbesondere S. 45, 47

¹²⁸ Im BGB z.B. §§ 179, 182, 285, 345, 358, 363, 442, 542, 636, 2336

¹²⁹ Patti, S. 103 f., 112 mit dem Beispiel des Art. 1218 c.c. für eine gesetzliche Beweislastregel

¹³⁰ Gottwald, Jura 1980, 225, 235; Patti, S. 103

¹³¹ Zu Beweislastverträgen s. Baumgärtel, Rn. 171 ff.; Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 74 f. mwN

auch die möglicherweise nachteiligen Folgen der Beweislast trägt. Diese Beweislastumkehr wird im Italienischen als *inversione unilaterale* bezeichnet¹³². Theoretisch wäre eine solche Beweislastumkehr auch in Deutschland möglich. Jedoch wurde eine solche Möglichkeit weder von Rechtsprechung noch von der Literatur in Erwägung gezogen, noch wurden entsprechende Kriterien hierfür aufgestellt.

Schließlich nimmt auch die Rechtsprechung zur Vermeidung von Härten und in Fortbildung des Gesetzes Einfluss auf die Beweislast. Bekanntester Fall einer von der Rechtsprechung ausgebildeten Beweislastumkehr in Deutschland ist die Produkthaftung im Rahmen von § 823 BGB. Hier hat der BGH in ständiger Rechtsprechung den normalerweise vom Geschädigten zu führenden Nachweis des Verschuldens im Rahmen von § 823 BGB dem Unternehmer auferlegt, der nunmehr zu beweisen hat, dass ihn hinsichtlich des Fehlers des Produkts kein Verschulden trifft¹³³. Beispiele für eine solche Beweislastumkehr gibt es auch in der italienischen Rechtsprechung. Allerdings, und dies gilt auch für die deutsche Rechtsprechung, handelt es sich bei diesen Fällen nicht immer um eine tatsächliche Beweislastumkehr. Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung den recht unbestimmten Begriff von „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“ geprägt. Hierdurch wird klar, dass sich die Rechtsprechung auf methodisch sehr unsicherem Terrain bewegt, da durch diesen Begriff sowohl der Bereich der Beweiswürdigung als auch der Beweislast umfasst wird. Oft wird von der Rechtsprechung auch nicht klar abgegrenzt, um was es sich handelt. Die tatsächliche Beweislastumkehr ist jedoch stets *ultima ratio*.

¹³² Verde, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1992, 715; Taruffo, *Onere della prova*, Digesto XIII, S. 75. Letzterer unterscheidet zwischen *inversione unilaterale in senso proprio* und *senso lato*. Bei erstem bietet die nicht beweisbelastete Partei an, den Beweis für die andere Partei zu erbringen, während im zweiten Fall die nicht beweisbelastete Partei das Gegenteil dessen beweist, was die andere Partei hätte beweisen müssen.

¹³³ Grundlegend BGHZ 51, 91 ff.. Abweichend von der Grundregel obliegt dem Produzenten nach gelungenem Beweis des Geschädigten, dass der Schaden durch einen Produktionsfehler ausgelöst wurde, der Entlastungsbeweis hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit als auch hinsichtlich des Verschuldens. Ferner obliegt dem Produzenten der Beweis der fehlenden Kausalität zwischen Pflichtverstoß und Produktfehler. Es ist allerdings nicht unstrittig, ob es sich bei der Produzentenhaftung um eine richterrechtliche Beweislastregel (z. B. Musielak, S. 183) oder um eine richterrechtliche Vermutung handelt (z. B. Gottwald, *Jura* 1980, 303, 305). Der BGH hat sich in seinen Urteilen selbst hierzu nicht eindeutig geäußert. Insbesondere differenziert der BGH oft nicht genau zwischen den einzelnen Beweiserleichterungen. Im Falle der Produzentenhaftung geht die überwiegende Literatur von einer Vermutung aus, die der Produzent zu widerlegen hat. Allerdings sind die Anforderungen an diesen Entlastungsbeweis sehr hoch, so dass sich diese Vermutung in der Praxis wie eine Beweislastumkehr ausnimmt.

b) Vermutungen

Unter dem Begriff der Vermutung sind verschiedene Rechtsinstitute zu verstehen, weshalb dieser immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Auf den Begriff und die Entwicklung der Vermutungslehre soll jedoch in einem eigenen Abschnitt ausführlich eingegangen werden. An dieser Stelle soll nur darauf hingewiesen werden, dass auch gesetzliche Vermutungen zu den gesetzlichen Beweislastsonderregeln gezählt werden¹³⁴. Ihrer bedient sich der italienische Gesetzgeber viel häufiger als der deutsche¹³⁵.

2. Einfluss auf die Beweiswürdigung

a) Begriff der Beweiserleichterung

Wenn eine Partei in Beweisnot gerät, ist es in einigen Fällen unbillig, dass sie den Prozess nur deshalb verliert. Für diese bestimmten Fälle wurden vom Gesetzgeber bzw. von der Rechtsprechung in beiden Ländern verschiedene Formen von Beweiserleichterungen entwickelt. In Italien gibt es keinen festen Begriff hierfür; man spricht von *semplificazione* oder *sommarizzazione del processo*¹³⁶, aber auch (fälschlicherweise) *inversione dell'onere della prova*. Beweiserleichterungen kehren niemals die objektive Beweislast um. Die Beweislast bleibt von diesen unberührt. Sie helfen vielmehr der beweisbelasteten Partei den Beweis zu führen, indem sie die Anforderungen an die Beweisführung herunterschrauben. Beweiserleichterungen fallen daher unter den Begriff der Beweiswürdigung, einem vom Gericht tatsächlich vorgenommenen Vorgang, an dessen Ende der Richter die Tatsachen als bewiesen oder nicht ansehen darf. Hingegen wird die Rechtsfrage der Beweislast erst nach Abschluss dieser Beweiswürdigung relevant, wenn der Richter zu keinem Ergebnis gekommen ist und ein *non liquet* vorliegt. Diese Situation soll jedoch durch die Beweiserleichterung gerade vermieden werden. Beweislast und

¹³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 672; Patti, S. 102

¹³⁵ Z.B. Art. 4, 58, 232, 688, 880, 881, 897, 898, 899, 1141, 1142, 1147, 1184, 1199, 1335, 1709, 1767, 2706 c.c.; §§ 685, 1117, 1253, 1600, 2270 BGB

¹³⁶ Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 74

Beweiswürdigung sind daher zu trennen, obwohl in der Praxis häufig eine Vermischung stattfindet (s. o)¹³⁷.

b) Möglichkeiten der Beweiserleichterung

Die Beweiserleichterung kann z.B. durch eine Absenkung des Beweismaßes erfolgen¹³⁸. Dieses bestimmt, wann der Richter im konkreten Fall eine Tatsache als erwiesen ansehen darf, inwieweit er davon überzeugt sein muss. Aufgrund des sowohl in Italien in Art. 116 c.p.c. als auch in Deutschland in § 286 ZPO verankerten Prinzips der freien Beweiswürdigung¹³⁹ muss der Richter grundsätzlich vom Vorliegen des Beweises überzeugt sein.

Der BGH versteht hierunter „ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit“, „ein für einen vernünftigen Menschen so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass er dem Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“¹⁴⁰. Dieses Maß kann in Ausnahmefällen und bei Vorliegen methodischer Voraussetzungen reduziert werden, so dass eine geringere statt einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit ausreicht, um den Richter zu überzeugen (z.B. beim Negativbeweis, § 287 ZPO)¹⁴¹.

In Italien wurden von der Rechtsprechung und der Literatur verschiedene Kriterien für *il libero convincimento*¹⁴² des Richters angeführt, die jedoch als nicht annehmbar kritisiert wurden, und daher sich nicht durchgesetzt haben: z.B. der Richter muss nur das Beweismaterial berücksichtigen, welches er für nützlich erachtet, der Richter habe die Wahl zwischen Annahme des Beweises und einem *non liquet*. Es gibt daher keine festen Regeln für die Ausfüllung der freien Beweiswürdigung durch den Richter. Wie in

¹³⁷ Prütting, S. 58 f.

¹³⁸ Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 74; in Deutschland ist die Möglichkeit einer Absenkung des Beweismaßes streitig, vgl. Baumgärtel, Rn. 79; Musielak/Foerste, ZPO, § 286, Rn. 21; Zöller/Greger, ZPO, § 286, Rn. 20

¹³⁹ Dieses gilt in Italien nur soweit nicht eine sog. *prova legale* vom Gesetz vorgeschrieben ist, bei der der Richter keinen Ermessensspielraum hat, sondern die Beweiswürdigung abstrakt vom Gesetzgeber auf der Grundlage von *id quod plerumque accidit* vorgegeben ist (z.B. Art. 2700 c.c.), vgl. Cian/Trabucchi, 5. ed., Vor Art. 2697 c.c., Anm. III, Rn. 1 und ausführlich Patti, S. 155 f.

Der *prova legale* entspricht im deutschen Recht die bindende Beweisregel (vgl. § 286 II ZPO), welche nur an wenigen Stellen im Gesetz z.B. in §§ 415 – 418 ZPO zu finden ist.

¹⁴⁰ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 286, Rn. 2

¹⁴¹ Baumgärtel, Rn. 79

¹⁴² Zu den verschiedenen Begriffen freie Beweiswürdigung und *libero convincimento* des Richters vgl. Patti, S. 148, der ausführt, dass diese Begriffe gleichbedeutend sind, sofern die Beweiswürdigung nicht völlig ohne Bindung an gesetzliche Regeln sowie logische Denk- und Erfahrungssätze gebunden ist.

Deutschland hat er jedoch die allgemeinen Natur-, Denk- und Erfahrungssätze seiner Kultur korrekt und kontrolliert zu berücksichtigen, die somit das objektive Element seiner subjektiven Begründung bilden¹⁴³. Ein Beweismaß, welches das Erreichen einer gewissen Wahrscheinlichkeit wie in Deutschland voraussetzt, wird dem Richter für seine Beweiswürdigung nicht vorgeschrieben. Es ist ein exklusives Recht des Richters den Beweis nach seiner klugen Einschätzung („*prudente apprezzamento*“) zu bewerten, welches nur durch die Auflage beschränkt ist, eine angemessene Begründung ohne logische und juristische Fehler für seine Auffassung abzugeben¹⁴⁴. Damit kann der italienische Richter seine Überzeugung dem Einzelfall anpassen, während in Deutschland eine Beweismaßreduzierung durch einen besonderen Grund gerechtfertigt sein muss, den die materielle Gerechtigkeit verlangt¹⁴⁵.

Eine weitere Beweiserleichterung, die es nur im deutschen Recht gibt, ist der von der Rechtsprechung entwickelte Anscheinsbeweis. Bei diesem kann das Gericht aufgrund von Erfahrungssätzen, die typische Geschehensabläufe betreffen, eine Tatsache als erwiesen ansehen. Dabei zieht es den Schluss von einer typischen, nicht individuellen Sachlage auf ein Tatbestandsmerkmal unter Umgehung subsumtionsfähiger Tatsachen¹⁴⁶. Auf dieses Rechtsinstitut soll nachher im Rahmen der Rechtsprechung zusammen mit den von der Rechtsprechung eingesetzten tatsächlichen Vermutungen sowie *presunzioni semplici* eingegangen werden.

V. Vermutungen

Aus den vorstehenden Ausführungen geht bereits an verschiedenen Stellen der Begriff der Vermutung hervor, der jeweils in einem anderen Zusammenhang verwendet wurde. Dadurch, dass verschiedene Rechtsphänomene mit demselben Begriff versehen werden, ist es nicht immer leicht diese auseinander zuhalten. Der italienische Gesetzgeber hat durch seine Regelung der Vermutungen in Art. 2727 ff. c.c. auch zu dieser

¹⁴³ Taruffo, Prova, Digesto XVI, S. 32 f.; Luiso, Vol. II, S. 76; Prütting, S. 86

¹⁴⁴ Battaglini/Novelli/Petitti/Novelli, Art. 116 c.p.c., Anm. 2

¹⁴⁵ Baumgärtel, Rn. 76 u. 79

¹⁴⁶ Zum Anscheinsbeweis Schneider, S. 85 ff.

Verwirrung beigetragen, da er zwei verschiedene Phänomene zusammen geregelt hat.

1. Begriff und Arten der Vermutung

Art. 2727 c.c. enthält eine allgemeine Legaldefinition für Vermutungen:

„Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato.“

Vermutungen sind Folgerungen, die das Gesetz oder das Gericht aus einem bekannten Tatumstand zieht, um zu einem unbekannten Tatumstand zu gelangen¹⁴⁷.

Problem dieser Definition ist, dass sie die dort enthaltenen gesetzlichen Vermutungen bzw. *presunzioni legali* und die tatsächlichen Vermutungen oder *presunzioni semplici* aufgrund der beiden immanenten logischen Schlussfolgerung vereint, obwohl diese sowohl im italienischen als auch im deutschen Recht streng unterschieden werden.

Bei gesetzlichen Vermutungen bzw. *presunzioni legali* handelt es sich, wie ihr Name bereits schon sagt, um vom Gesetzgeber von vornherein vorgeschriebene Anweisungen an den Richter, bei Vorliegen einer gesetzlich bestimmten und im Prozess erwiesenen Tatsache auf ein bestimmtes Merkmal des Tatbestandes, welche in der Regel schwer zu beweisen ist, zu schließen. Je nachdem, ob das Gesetz den Beweis des Gegenteils zulässt (§ 292 ZPO, Art. 2728 c.c.) oder nicht, werden widerlegbare und unwiderlegbare Vermutungen unterschieden. In Italien heißen die widerlegbaren Vermutungen *presunzioni legali relative* oder mit dem lateinischen Begriff *presunzioni iuris tantum* und die unwiderlegbaren *presunzioni legali assolute* oder lateinisch *presunzioni iuris et de iure*¹⁴⁸. In

¹⁴⁷ Übersetzung aus: Italienisches Zivilgesetzbuch - *Codice civile*, Zweisprachige Ausgabe, 2. Aufl., Bozen, 1992

¹⁴⁸ Von den unwiderlegbaren Vermutungen sind die Fiktionen zu unterscheiden, die ebenfalls unwiderlegbar sind und die gleiche Rechtswirkung haben. Die Absicht des Gesetzgebers bei den Fiktionen ist jedoch eine andere: während bei den unwiderlegbaren Vermutungen der Gesetzgeber etwas gleich setzt, was der Lebenswirklichkeit entspricht, setzt er bei den Fiktionen der Lebenswirklichkeit nicht entsprechende Umstände gleich. Vgl. Comoglio, *Le prove*, Trattato Rescigno XIX, S. 316, Fn. 16 und Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 4, 8

Deutschland unterteilt man die gesetzlichen widerlegbaren Vermutungen ferner noch nach dem Gegenstand der Vermutung, weshalb man auch die Begriffe Tatsachen- und Rechtsvermutungen verwendet.

Das italienische Zivilgesetzbuch sieht in Art. 2727, 2729 c.c. noch eine dritte Art vor, die *presunzioni semplici* (*presunzioni facti* oder *hominis*)¹⁴⁹. Hierbei handelt es sich um Vermutungen, die das Gericht ohne gesetzliche Anweisung in den Fällen, in denen ein Zeugenbeweis zulässig ist, selbst aufstellen kann. Dabei hat es nach italienischem Recht die gesetzlich vorgegebenen Kriterien einzuhalten (Art. 2729 c.c.). Das Gericht darf also nur solche Vermutungen vornehmen, bei denen die Schlussfolgerung von der bekannten auf die unbekannte Tatsache zwingend logisch ist.

Damit hat der italienische Gesetzgeber ein Rechtsinstitut gesetzlich verankert, welches in Deutschland einer klaren Definition entbehrt. In Deutschland sind diese allgemein als tatsächliche Vermutungen bezeichneten Rechtssätze gesetzlich nicht geregelt. Sie werden vom Richter als Schlussfolgerungen aufgrund der Lebenserfahrung angewendet, ohne dass es hierfür genauere Regeln oder Einschränkungen gibt. Deshalb existiert das Problem der Überschneidung mit dem Institut des Anscheinsbeweises bzw. der Verwechslung der beiden¹⁵⁰.

Bei den tatsächlichen Vermutungen bzw. *presunzioni semplici*, die im italienischen Zivilgesetzbuch unter den Beweismitteln aufgeführt sind, handelt es sich im Gegensatz zu den gesetzlichen Vermutungen um eine Beweiswürdigung, bei der das Gericht auf die Existenz einer Tatsache schließt, während letztere eine Anweisung des Gesetzgebers über eine Rechtsfolge darstellen¹⁵¹. Im Unterschied zu den tatsächlichen Vermutungen beeinflussen diese nicht die richterliche Überzeugungsbildung und basieren

¹⁴⁹ Art. 2729 c.c.: „*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.*“

Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.“

Die nicht vom Gesetz aufgestellten Vermutungen bleiben der sorgfältigen Würdigung des Gerichts überlassen, das nur schwerwiegende, genau bestimmte und miteinander in Einklang stehende Vermutungen berücksichtigen darf.

Vermutungen können in jenen Fällen nicht berücksichtigt werden, in denen das Gesetz den Zeugenbeweis ausschließt. (Übersetzung aus: Italienisches Zivilgesetzbuch - *Codice civile*, Zweisprachige Ausgabe, 2. Aufl., Bozen, 1992)

¹⁵⁰ Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 292 ZPO, Rn. 6

¹⁵¹ Fabbrini, Presunzioni, Digesto XIV, S. 280; Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 5

nicht auf der Lebenserfahrung, sondern ihre eigentliche Bedeutung als Beweislastregel tritt besonders im Fall des *non liquet* hervor¹⁵².

Dem besseren Verständnis dieser Rechtsinstitute als auch ihrer Wirkungsweise soll ein Blick in die Rechtsgeschichte dienen. Dabei wird auch klar werden, dass das von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut des Anscheinsbeweises eine Fortentwicklung der Vermutungslehre ist.

2. Historische Entwicklung der Vermutungen

a) Antike - Römisches Recht

Das Rechtsinstitut der Vermutung hat seinen Ursprung im römischen Recht¹⁵³. Die Römer wählten hierfür als Bezeichnung keinen eigenständigen Begriff, sondern das multifunktionale lateinische Wort *praesumptio*¹⁵⁴. Ursprünglich hatte *praesumptio* in den römischen Rechtsquellen andere Bedeutungen: u. a. Privileg, widerrechtliche Aneignung, Anmaßung, Meinung¹⁵⁵. In wenigen Rechtsquellen ist *praesumptio* aber auch im Zusammenhang mit dem Beweis (*probatio*) zu finden. Bei diesen Quellen geht man davon aus, dass *praesumptio* im Sinne einer Vermutung zu verstehen ist, die als Beweissubstitut fungiert, gegen welches der Gegenbeweis zugelassen ist¹⁵⁶. Diese Quellen sind jedoch mit Vorsicht zu genießen, da sie häufig durch die mittelalterlichen Scholastiker abgeändert und ergänzt wurden¹⁵⁷.

Praesumptio hat somit seine Bedeutung nach heutigem Verständnis als Vermutung im Grunde nur dort, wo es, losgelöst von seiner ursprünglichen Bedeutung, das Ergebnis einer denklogischen Vorgangs darstellt. Dieses Verständnis mit der Bedeutung als Beweismittel, um den Richter von der Wahrheit der vorgetragenen Tatsachen zu überzeugen, ist hier allein nur Gegenstand der Abhandlung. Die verschiedenen anderen Bedeutungen mit

¹⁵² Gottwald, Jura 1980, 225, 235

¹⁵³ Hedemann, S. 6

¹⁵⁴ Vielfach wurde auch die Verbform *praesumere* verwendet.

¹⁵⁵ Andrioli, Presunzioni, Novissimo digesto italiano XIII, S. 765

¹⁵⁶ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV S. 256

¹⁵⁷ So die von Hedemann untersuchten Beispiele auf S. 8 ff., bei denen jeweils am Ende ein *praesumptio* bzw. *praesumere* enthaltener Satz angefügt wurde.

denen der Begriff *praesumptio* belegt ist, zeigen jedoch, dass die heutige Schwierigkeit einer klaren Definition nicht erst dem Lauf der Zeitgeschichte zu verdanken ist, sondern bereits ihr Ursprung mit der Entstehung des Rechtsinstituts einhergeht.

Eine Erklärung hierfür kann nur sein, dass das Rechtsinstitut der Vermutung kein eigenes Produkt des römischen Rechts ist, sondern seine Wurzeln in der griechischen Wissenschaft der Rhetorik hat¹⁵⁸. Die Griechen betrachteten im Gegensatz zu den Römern die Rechtswissenschaft nicht als eigene Wissenschaft, sondern als Teil der Rhetorik¹⁵⁹, der Wissenschaft bzw. Technik des Argumentierens und Überzeugens¹⁶⁰. Der Begriff des Beweises in der Rhetorik war sehr viel weiter gefasst, als dessen Definition durch die römischen Juristen als Beeinflussung der Überzeugungsbildung des Richters oder Gegners. Denn für die Griechen war der Beweis allgemein die Bestätigung einer faktischen oder rechtlichen Behauptung¹⁶¹.

Hierfür wurden zwar auch die uns heute bekannten Beweismittel verwendet. Da es jedoch den griechischen Rednern nicht nur um den Nachweis konkreter einzelner Tatsachen ging, sondern vielmehr um die Überzeugung des Gegners von dem jeweiligen Standpunkt des Redners, war die Argumentation ein bevorzugtes (Beweis)Mittel¹⁶². Aufgrund der unterschiedlichen Wirkungsweise der Beweismittel wurden diese in zwei Gruppen eingeteilt: diejenigen, die vom Redner als unabänderlich hingenommen werden müssen, und diejenigen, die durch Argumentation des Redners „künstlich“ erzeugt werden können¹⁶³. Der griechische Philosoph Aristoteles bezeichnete in seinen logischen Schriften daher die erste Gruppe als „unkünstlichen“ und die zweite Gruppe als „künstlichen“ Beweis. Quintilian¹⁶⁴ hat diese Einteilung in *probationes inartificiales* und *probationes artificiales* später in seinen *Institutiones oratoriae*

¹⁵⁸ Andrioli, Presunzioni, Novissimo digesto italiano XIII, S. 765

¹⁵⁹ *Lysias* die Rede vor Gericht, war eine der drei in der griechischen Rhetorik unterschiedenen Redesituationen.

¹⁶⁰ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 256

¹⁶¹ Burckhard, S. 24

¹⁶² Musielak, S. 194

¹⁶³ Andrioli, Presunzioni, Novissimo digesto italiano XIII, S. 765 unter Verweis auf Cicero, de or., 2, 116

¹⁶⁴ Marcus Fabius Quintilianus, geboren ca. 30 n.Chr. und verstorben ca. 96 n.Chr., war ein bedeutender römischer Redner, der im Alter sein berühmtes zwölfbändiges Werk *Institutiones oratoriae* verfasste.

übernommen. Sie war bis zum Ende des ersten Jahrhunderts nach Christus gültig¹⁶⁵.

Zur Zeit der frühen römischen Republik¹⁶⁶ wurden die Mittel der Rhetorik von den Römern als Beweismittel in den damals herrschenden „Legisaktionenprozess“¹⁶⁷ eingeführt. Während bei der ersten Kategorie, den sog. *probationes inartificiales*, der Beweis mittels Zeugen- oder Parteiaussage, Urkunden, Sachverständige, Augenschein, Gesetze, Vorentscheidungen, Gerüchte und Ruf einer Person direkt zur Überzeugung geführt wurde, war bei den *probationes artificiales* oder „künstlichen“ Beweisen eine Argumentation erforderlich, mit der die Wahrscheinlichkeit einer unbekannten Tatsache nachgewiesen werden sollte¹⁶⁸. Hierzu wurden Indizien, logische Schlüsse und typische Beispiele benutzt¹⁶⁹, die die Rhetoren *sigma*, *argumenta(tio)*, *exempla* nannten¹⁷⁰. Als eine Form des künstlichen Beweismittels galt die so genannte *argumentatio probabilis*, wie Cicero sie bezeichnete¹⁷¹. Die *argumentatio probabilis* ist eine von einer sog. *opinio*, also allen Männern bekannten Konventionen, abgeleitete wahrscheinliche Schlussfolgerung. Die griechischen Stoiker bezeichneten die *opinio* als *κοινὰ ἐννοια* bzw. die *argumentatio probabilis* als

¹⁶⁵ Andrioli, Presunzioni, Novissimo digesto italiano XIII, S. 765

¹⁶⁶ Die Epoche der römischen Republik dauerte von ca. 500 v. Chr. bis ca. 31 v. Chr. Ihr schloss sich das Prinzipat an.

¹⁶⁷ Der Prozess der *legis actiones* ist im vierten und dritten Jahrhundert v. Chr. anzusiedeln. Im zweiten vorchristlichen Jahrhundert wurde er durch den Formularprozess abgelöst. Der Prozess der *legis actiones* ist die früheste bekannte Form des Zivilprozesses im Römischen Reich. Bei dieser Prozessform konnte dem Kläger nur zu seinem Recht verholfen werden, wenn in den *leges*, dem XII-Tafel-Gesetz oder späteren Gesetzen eine sog. *actio*, ein Klageanspruch vorgesehen war. Sobald der Prätor im ersten Teil des Verfahrens (*in iure*) über die Zulassung des Streitverfahrens und die Zusammensetzung des urteilenden Gerichts entschieden hatte, konnten die Parteien die förmlichen Spruchformeln sprechen, wobei keiner Partei ein Fehler unterlaufen durfte. Das vom Prätor bestimmte Gericht musste dann über den durch die Spruchformeln bestimmten Streitgegenstand Beweis erheben und das Urteil fällen (*apud iudicem*).

Die heute noch gültige Beweislastregel, der Kläger beweist die ihm günstigen Tatsachen, der Beklagte die für ihn günstigen, galt grundsätzlich schon im vorklassischen Recht (*actor probare debet*). Allerdings wurde der Beweislastfrage damals aufgrund der Formalisierung des Prozesses weniger Beachtung geschenkt als heute, da durch das Verfahren *in iure* bereits der Tatsachenstoff rechtlich eingeordnet wurde. Trotzdem war es Aufgabe jeder Partei, die ihr günstigen Tatsachen zum Prozess beizutragen. Damit galt sozusagen schon damals der Verhandlungsgrundsatz.

Erst später, im Laufe der Zeit entwickelten die Römer die freie Beweiswürdigung, bei der die streng formalisierten Regeln von typischen Beweissituationen abgelöst wurden.

¹⁶⁸ Reggi, Presunzione, Diritto romano, Enc. dir. XXXV, S. 256

¹⁶⁹ Musielak, S. 195

¹⁷⁰ Endemann, S. 88

¹⁷¹ Marcus Tullius Cicero (106 – 43 v. Chr.) war einer der bekanntesten Redner der römischen Republik. Seine Reden wurden von der griechischen Rhetorik beeinflusst, die seit ungefähr der zweiten Hälfte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts Fuß in Rom fasste. In ihm fand die griechische Rhetorik ihren bedeutendsten Vertreter und gelangte zu ihrem Höhepunkt und zugleich zu ihrem Abschluss. Der Einfluss der Rhetorik geht dann im Prinzipat zurück aufgrund des nunmehrigen Aufstiegs der Fachjurisprudenz und Änderung der gerichtlichen Verfahren, die nunmehr im Rahmen der „Beweiserhebung“ auf die Wirklichkeit der Behauptung und nicht mehr auf die Vertrauenswürdigkeit der Personen abstellt. Vgl. Wieacker, S. 664 f.; Kaser/Hackl, S. 362

προληψιζ. Seneca¹⁷² war es, der schließlich den von den griechischen Stoikern verwendeten Begriff προληψιζ mit *praesumptio* übersetzte¹⁷³. Durch den starken Einfluss der Rhetorik auf die römische Rechtswissenschaft in der Zeit der späten Republik wurde auch der Begriff der *praesumptio* übernommen¹⁷⁴.

Es ist jedoch klarzustellen, dass es sich bei der *praesumptio* noch nicht um die *praesumptio iuris* handelte, da die Ausbildung dieses Rechtsinstituts erst von der byzantinischen Rechtsschule ab dem 4. Jahrhundert nach Christus unternommen wurde. Die dargestellte *praesumptio* ist vielmehr ein Vorläufer der *praesumptio hominis*, oder der heute als *presunzioni semplici* oder als tatsächlichen Vermutungen bekannten Schlussfolgerungen. In den bis zum justinianischen Zeitalter entstandenen Quellen ist deshalb die *praesumptio* als *praesumptio iuris*, sofern diese nicht später hinzugefügt wurde¹⁷⁵, gar nicht vertreten. Sofern der Begriff *praesumptio* jedoch verwendet wurde, so in den verschiedenen anderen ihm zugeordneten Bedeutungen, wie auch der wahrscheinlichen Schlussfolgerung. Eine einheitliche Verwendung bzw. sogar eine Definition dieses Begriffs gab es allerdings nicht. Vielmehr wurde er oft sozusagen als Lückenfüller verwendet, wo entsprechende Begriffe fehlten¹⁷⁶.

Zudem ist als Erklärung hinzuzufügen, dass lange Zeit keine festen und klaren Regeln des Beweisrechts existierten. Die streng formalisierten Prozessformen zum einem und die Freiheit des Richters zur Beweiserhebung zum anderen erübrigten eine theoretische Auseinandersetzung mit diesem Thema. Zwar gab u. a. auch die heute noch gültige Regel, dass jede Partei die ihr günstigen Tatsachen beweisen müssen, jedoch wurde diesen Regeln nicht das heutige Gewicht des

¹⁷² Lucius Annaeus Seneca (4 v. Chr. – 65 n. Chr.), einer der bedeutendsten römischen Prosaiker und Erzieher Neros.

¹⁷³ Reggi, Presunzione, Diritto romano, Enc. dir. XXXV, S. 257

¹⁷⁴ Kaser, ZSSR 71 (1954), 221, 237; Kaser/Hackl, S. 362. In der späten Republik füllt die Rhetorik die von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft nicht geregelte Beweislehre aus, da die Rhetorik Mittel zur Überzeugung des Richters und der Gegenseite ausgebildet hatte. Die Rhetorik als Wissenschaft verliert jedoch unter dem Prinzipat ihre Bedeutung durch den Beginn einer Ausbildung eines Beweisrechts durch die Juristen. Allerdings hat die Rhetorik in diesem Beweisrecht ihre sichtbaren Spuren hinterlassen, wie aus dem Beispiel der Vermutung deutlich wird. Zu Einzelheiten der wechselseitigen Beeinflussung von Rechtswissenschaft und Rhetorik, insbesondere die Rollenverteilung im Prozess zwischen Jurist (rechtliche Beurteilung) und Patron (Tatsachenvortrag und Beweisführung) vgl. Wieacker, S. 666 ff.

¹⁷⁵ Hedemann, S. 8

Beweisrechts zugemessen. Sofern in den Quellen die Beweislast behandelt wird, kann es sich nur um konkrete Einzelfallentscheidungen handeln¹⁷⁷.

Erst ab dem 4. Jahrhundert nach Christus kann mit einer Ausnahme von der Ausbildung der *praesumptio iuris* durch die oströmischen Rechtsschulen ausgegangen werden¹⁷⁸, wobei hinsichtlich der Auswirkung auf die Beweislast angesichts der fehlenden Ausbildung eines systematischen Beweisrechts diese nicht mit der heutigen zu vergleichen ist. Einzige frühere, seit der Klassik¹⁷⁹ bekannte Vermutung war die sog. *praesumptio Muciana*¹⁸⁰. Diese Vermutung, die im Übrigen noch heute im italienischen Konkursrecht zu finden ist¹⁸¹, unterstellt, dass Sachen im Besitz der Frau vom Mann an sie gelangt sind. Anderen Besitzerwerb hat die Frau zu beweisen.

Über die Ausbildung der *praesumptio iuris* an den oströmischen Rechtsschulen sowie ihren Einfluss auf das römische Recht ist jedoch so gut wie nichts bekannt bzw. überliefert. Fest steht jedoch, dass sie im *corpus iuris* Erwähnung finden, welches aus der Zeit Kaiser Justinians (527 – 565 n. Chr.) stammt. Unter Justinian setzte sich im Rahmen seines Restaurationsprogramms der Kodifikationsgedanke durch und die bisherigen Gesetze und Rechtsquellen wurden geordnet und bearbeitet. Es entstand somit unter der Federführung des Justizministers Tribonian eine umfassende Kodifikation, die seit dem 16. Jahrhundert als *corpus iuris civilis* bezeichnet wird¹⁸². In diesem *corpus iuris* sind in den Digesten u. a. in 22,3 *De probationibus et praesumptionibus* Stellen über Rechtsvermutungen enthalten. Diese und auch weitere Stellen sind jedoch, wie die Literatur festgestellt hat, mit Vorsicht zu genießen, da die mit der Kodifikation beschäftigten Kompilatoren oft die alten Rechtsquellen

¹⁷⁶ Burckhard, S. 9, der nachweist, dass alle aus dieser früheren Zeit stammenden angeblichen Rechtsvermutungen in der Tat keine waren.

¹⁷⁷ Endemann, S. 86

¹⁷⁸ Ab dem 4. Jahrhundert nach Christus, nach der Teilung des Römischen Reiches in Ost- und Westrom (395 n. Chr.), entstanden im oströmischen Reich, vor allem in Beirut, Rechtsschulen, auf diese die Ausbildung und Entwicklung der Rechtsvermutungen zurückzuführen sind.

¹⁷⁹ Als klassische Periode wird der Zeitraum von ca. 0 bis 280 n. Chr. bezeichnet, wobei Frühklassik bis ca. 100 n. Chr., Hochklassik bis ca. 170 n. Chr.; Spätklassik bis ca. 240 n. Chr.; Nachklassische Zeit bis ca. 280 n. Chr. unterschieden wird.

¹⁸⁰ So Kaser, der in ZSSR 71(1954), 221, 232 bis 234, die Ansicht von Donatuti überzeugend widerlegt, dass bereits in den Formularprozessen Rechtsvermutungen außer der *praesumptio Muciana* bestanden.

¹⁸¹ Art. 69 und 70 des Königlichen Dekrets vom 16. März 1942, Nr. 267 (Konkursgesetz)

¹⁸² Schröder, S. 12

ergänzten oder änderten (sog. Interpolation) und diesen insbesondere hinsichtlich der Vermutungen einen anderen Inhalt gaben¹⁸³. Auch wenn es somit heute schwer ist, aufgrund dieser nachträglichen Änderungen der Quellen genau festzustellen, wann und wie die *praesumptio iuris* Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden hat, so ist sich die Literatur jedenfalls darüber einig, dass in der klassischen Periode noch keine *praesumptio iuris* existierte und *praesumptio* nur die Bedeutung einer Schlussfolgerung aufgrund allgemeiner Ansicht hatte¹⁸⁴.

Damit gab es zur Zeit Justinians zwei Arten von *praesumptiones*: die von den byzantinischen Rechtsschulen entwickelten und die aus der griechischen Rhetorik stammenden und vom römischen Recht adaptierten Vermutungen. Diese noch heute vorgenommene Unterteilung dieser *praesumptiones* in die beiden Kategorien: *praesumptio iuris* und *praesumptio hominis* oder *factis* geht ebenfalls auf die byzantinischen Rechtsschulen zurück¹⁸⁵.

Die *praesumptio iuris* hatte nach den byzantinischen Quellen die Aufgabe der Verteilung der Beweislast. Demnach hatte derjenige die Beweislast, der eine Vermutung gegen sich hatte und diese durch den Beweis des Gegenteils zu Fall bringen konnte¹⁸⁶. Diese, der heutigen Auffassung einer gesetzlichen Vermutung entsprechende Ausgestaltung der *praesumptio iuris* fand zwar auf dem Wege der Interpolation den Weg in lateinische Quellen. Da diese jedoch angepasst wurden, wird dieses Konzept der *praesumptio iuris* nicht immer ganz klar, vor allem ihre Bedeutung für die Beweislast. Dies liegt auch daran, dass *praesumptio* bzw. *praesumere* weiterhin auch in ihren alten Bedeutungen weiter verwendet werden und somit

¹⁸³ Hedemann, S. 8 ff., insb. 17 und 20 f., der die Ansicht mit Hilfe des Nachweises verschiedener Quellen vertritt, dass den Klassikern Vermutungen im technischen Sinne unbekannt waren und erst unter Kaiser Justinian von den Kompilatoren durch Interpolation der Quellen durch die Worte *praesumere* und *approbare* so verändert wurden, so dass die Annahme einer Tatsache erscheint, die durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. A.A. Donatuti, S. 52 f., der dort seine Ansicht zusammenfasst, dass *praesumptiones hominis* in postklassischer Zeit, also vor Justinian, zu *praesumptiones iuris* wurden, weil die Rechtssätze oder Gutachten der Juristen zu Gewohnheitsrecht wurden bzw. Gesetzesrang erlangten, und daher die Interpolationen der Kompilatoren keine Aussagekraft hätten.

¹⁸⁴ Kaser, ZSSR 71 (1954), 221, 231; Andrioli, Presunzioni, Novissimo digesto italiano XIII, S. 766; Hedemann, S. 14; Reggi, Presunzione, Diritto romano, Enc. dir. XXV, S. 258

¹⁸⁵ Donatuti, S. 59, 61, mit Zitaten aus oströmischen Quellen. Diesbezüglich führt er weiterhin aus, dass die oströmischen Rechtskonzepte bezüglich einer Unterscheidung von *praesumptiones iuris* und *hominis* sowie anderer Unterscheidungen als auch der Wirkung in Bezug auf die Verteilung Beweislast bekannt waren. In den lateinischen Quellen des *corpus iuris* waren das Rechtsinstitut der *praesumptiones iuris* als auch deren Auswirkung auf die Beweislast eigentlich fremd. Die lateinischen Quellen, die jedoch Ansätze in dieser Richtung beinhalten, waren Gegenstand von Interpolationen.

unterschiedliche Bedeutung haben. Einerseits eine Schlussfolgerung aus Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten, andererseits die Annahme einer Tatsache durch den Richter oder die Partei und Abwarten des Gegenbeweises¹⁸⁷. Auch Auslegungsregeln der Klassiker finden sich im *corpus iuris* mit dem Wort *praesumere*, die teilweise durch Interpolationen zu Vermutungen mutierten¹⁸⁸. Im Ergebnis gehen diese eindeutigen Rechtslehren der oströmischen Rechtsschulen durch ihre Einbeziehung in die bestehenden lateinischen Rechtsquellen verloren. Übrig bleiben zusammengewürfelte Fragmente aus verschiedenen Rechtskreisen und – epochen, die eine eindeutige Lehre vermissen lassen. Diese durch die Interpolationen der Kompilatoren geschaffenen Unklarheiten sind zu berücksichtigen bei der Bewertung des *corpus iuris*, welches mit Beginn der Völkerwanderung seine Gültigkeit verliert und erst im Mittelalter als die Quelle des römischen Rechts wieder entdeckt wird.

b) Mittelalter

aa) Glossatoren

Zur Zeit der Völkerwanderung und dem frühen Mittelalter kam es aufgrund der Völkervermischungen zur Ausbildung von sog. Vulgarrecht, in das auch Elemente des römischen Rechts einfließen. In dieser Zeit gab es jedoch weder Rechtsaufzeichnung noch eine wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts. Erst mit der Entstehung der ersten Universitäten um ca. 1100 kam es wieder zu einer wissenschaftlichen Bearbeitung, wobei das klassische (ost-)römische Recht wieder entdeckt wurde und allmählich in das bestehende Recht und Rechtsdenken eindrang (Rezeption). In Bologna als eine der ersten Universitäten befassten sich die sog. Glossatoren¹⁸⁹ wieder mit dem *corpus iuris civilis* und damit mit den *praesumptiones*.

¹⁸⁶ Donatuti, S. 60; Musielak, S. 208; Micheli, S. 22 f.

¹⁸⁷ Hedemann, S. 43, der diesbezüglich ausführt, dass dies ohne Bezugnahme auf ein allgemeines Beweissystem erfolgte, da er dieses in der Form als nicht bestehend ansieht und *praesumptiones* Mittel zur gerechten Verteilung der Beweislast im Einzelfall sind (S. 40).

¹⁸⁸ Hedemann, S. 26 f.

¹⁸⁹ Die im 11. Jh. n. Chr. wieder entdeckten römischen Digesten und vor allem der *corpus iuris* mussten jedoch erst wieder allgemein verständlich gemacht werden. Die wissenschaftliche, nicht praxisorientierte Befassung mit diesen Quellen führte dazu, dass diesen Erläuterungen und Anmerkungen von den Juristen des 12./13. Jh. hinzugefügt wurden, sog. Glossen. Diese Glossierung wurde zunächst von Juristen der Universität von Bologna übernommen, die aufgrund ihrer Arbeit Glossatoren genannt wurden. Durch die Erläuterungen, den

In der Regel waren die Ansichten der frühen Glossatoren zu den *praesumptiones* nur an einzelnen Stellen im Zusammenhang mit anderen Rechtsregeln zu finden. Erst zeitlich spätere Glossatoren, wie z.B. Accursius¹⁹⁰ im 13. Jh. n. Chr. in seiner *glossa ordinaria*, versuchten an Hand der Quellen eine Lehre der *praesumptiones* aufzustellen. Accursius teilte wie die anderen die Präsumtionen in drei bekannte Kategorien nach ihrer Wirkung ein¹⁹¹. Als erste Gruppe nannte er die *praesumptio iuris et de iure* oder *praesumptio legis* oder *factio*, die keinen Gegenbeweis zulässt¹⁹². Die zweite war die *praesumptio iuris*, gegen die der Gegenbeweis zulässig war. Die dritte war die *praesumptio hominis* oder *factis*, die allein nicht als Beweis für die Überzeugung des Richters dienen konnte. Hierzu bedurfte es weiterer Umstände (s. u.)¹⁹³.

Obwohl bei den Vermutungen bereits die noch heute üblichen drei Kategorien unterschieden wurden, ist klarzustellen, dass die frühen Glossatoren lediglich versuchten, die in den Quellen enthaltenen sowie die neu entwickelten *praesumptiones* zu ordnen. Dabei wurden die Wirkungen der Vermutungen zwar auch in Bezug auf die Beweisführungslast beschrieben¹⁹⁴. Unter diesem Aspekt fand jedoch keine wissenschaftliche Analyse dieser Rechtsinstitute statt. Die verschiedenen Begriffe wurden weder genauer definiert noch wurde die dahinter bestehende Systematik der einzelnen Arten erkannt und deshalb auch nicht behandelt¹⁹⁵. Die Auswirkungen auf die Beweisführungslast waren von untergeordneter Bedeutung, da die Glossatoren in den *praesumptiones* hauptsächlich Beweismittel sahen¹⁹⁶, genauso wie die Prozessschriftsteller.

Vergleich von Rechtsquellen und die Ableitung von Rechtsregeln wurden die Anfänge der juristischen Dogmatik geschaffen.

¹⁹⁰ Accursius Franciscus, geboren 1185 und verstorben 1263, war der berühmteste Vertreter der Glossatorenschule von Bologna und Verfasser der „*glossa ordinaria*“ (1228) zum *Corpus iuris civilis* des römischen Kaisers Justinian.

¹⁹¹ Hedemann, S. 72; Burckhard, S. 11; Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 261

¹⁹² Bei den Glossatoren taucht zum ersten Mal der Begriff und das Institut der *praesumptiones iuris et de iure* auf, welches dem römischen Recht in Form einer prozessrechtlichen Vermutung völlig fremd war und erst im Mittelalter diese Bedeutung erhielt. Allerdings gab es im römischen Recht, wie unwiderlegliche Vermutungen auch heute qualifiziert werden, materielle Rechtssätze, die einen Gegenbeweis nicht zuließen. Vgl. Donatuti, S. 5 f. Hedemann, S. 76, führt hierzu richtig aus, dass „der Begriff der *praesumptio iuris et de iure* ... von Grund aus ein verfehelter [war]; man wollte materielle Wirkungen erreichen und machte meistens ohne jedes Überlegen den nutzlosen Umweg über eine prozessuale Beweisregel.“

¹⁹³ Burckhard, S. 12 f; Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 261

¹⁹⁴ Musielak, S. 257

¹⁹⁵ Burckhard, S. 15 f.

¹⁹⁶ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 261

bb) Prozessschriftsteller

Die mit den Glossatoren zeitgleichen sog. Prozessschriftsteller¹⁹⁷ versuchten ihrerseits ebenfalls, eine Lehre der *praesumptiones* aufzustellen. Zwei wichtige Vertreter sind Pillius und Tankred, die versuchten die *praesumptiones* in ihrer Wirkung auf den Beweis darzustellen.

Pillius sah die *praesumptio* entweder als Vollbeweis oder als Quasi-Beweis an. Einerseits habe der Kläger durch das Beweismittel der *praesumptio* den Beweis erbracht, so dass er nichts weiter tun muss, um die Verurteilung des Beklagten zu erreichen. Somit wird die Beweislast, die immer dem Kläger obliegt, anders verteilt¹⁹⁸. Andererseits sei die *praesumptio* das Ergebnis der Beweisführung durch andere unvollständige Beweismittel, wie z.B. eine günstige Zeugenaussage, die eine Vermutung für den Kläger beinhaltet, und durch den Eid vervollständigt werden muss. Auch in diesem Fall obsiege der Kläger, wenn dem Beklagten nicht der Beweis gelinge¹⁹⁹.

Insbesondere die letzte Kategorie der *praesumptio*, die Pillius dieser zuordnet, entstammt einer im Mittelalter geschaffenen Beweislehre, welche auch noch in den nachfolgenden Jahrhunderten Gültigkeit beanspruchte, die legale Beweistheorie. Diese war, da eine voll ausgebildete Beweislehre im römischen Recht nicht existierte, aus Rechtssätzen der römischen Quellen und germanischen bzw. in der Praxis üblichen Beweisregelungen entstanden²⁰⁰. Sie gewährte dem Richter keinen Ermessensspielraum, sondern schrieb ihm bindende Beweisregeln vor²⁰¹. Da aus den Quellen hervorging, unter welchen Voraussetzungen der volle Beweis geführt worden war, schuf man für die Fälle, in denen diese Voraussetzungen nicht ganz erfüllt waren, ein neues Maß für den Wert dieses Beweises: den halbvollen Beweis oder *prova semiplena*²⁰². Dieser halbvolle Beweis konnte jedoch zusammen mit einem weiteren Beweis zu einem vollen Beweis

¹⁹⁷ Die Prozessschriftsteller befassten sich im Unterschied zu den Glossatoren an den Universitäten nicht mit der reinen Wissenschaft, sondern verfassten Werke zur praktischen Prozessführung (*summae de ordine iudiciorum*).

¹⁹⁸ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 261

¹⁹⁹ Burckhard, S. 17

²⁰⁰ Hedemann, S. 65s

²⁰¹ Musielak, S. 249

²⁰² Als Beispiel wird stets angeführt, dass nach den römischen Quellen des *corpus iuris* der Zeugenbeweis durch die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen erbracht wurde. Gibt es nur einen Zeugen, so erbringt seine Aussage folglich nur den halben Beweis.

addiert werden. Ein solcher weiterer Beweis war z.B. der Eid, der jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen geleistet werden konnte²⁰³. Aus diesem Grund wurde in dem halbvollen Beweis die Vermutung der Richtigkeit des Vortrages gesehen, so dass nun der Eid zugelassen werden konnte, um den vollen Beweis zu erbringen.

Für jedes Beweismittel wurden im Voraus die Beweiswerte festgelegt, wobei man versuchte, alle möglichen Umstände zu berücksichtigen. Bei diesem System erlangt die *praesumptio* eine außerordentliche Bedeutung, da diese nach den römischen Quellen dazu diente, Schlussfolgerungen vorzugeben²⁰⁴. Dadurch sollte auch der Indizienbeweis abgeschafft und durch eine Regelung ersetzt werden, die dem Richter den Beweiswert vorgab²⁰⁵. Dabei wurden nun, teilweise sogar aus bloßen Aussagen, künstlich eine Vielzahl von *praesumptiones* geschaffen, die bald nicht mehr zu überblicken waren²⁰⁶. Immer bestrebt, eine Regelung der Regelung zu schaffen, potenzierten sich die Vermutungen²⁰⁷. Diese auf diese Weise entstandenen Vermutungen ersetzten u. a. das *indicium* der römischen Quellen, da der Indizienbeweis dem Richter einen nicht gewünschten Ermessensspielraum lässt²⁰⁸.

Neben dieser Art von Vermutungen, die man heute als *praesumptio hominis* bezeichnen würde, war aus den Quellen auch die erst von Pillius beschriebene Art von Vermutungen bekannt, die, da sie vollen Beweis erbrachten, Einfluss auf die Beweisführungslast hatten. Sie sind *praesumptiones iuris*. Sie wurden verwendet, um in besonderen Fällen die Beweislast abweichend von der ganz allgemeinen Grundregel zu verteilen. Ihnen wurde jedoch weniger Aufmerksamkeit gewidmet, als den anderen, da ihr Beweiswert im Grunde feststand. Aufgrund der Bedeutung des Beweiswertes wurde deshalb auch eine Einteilung der Vermutungen

²⁰³ Musielak, S. 252

²⁰⁴ Hedemann, S. 67

²⁰⁵ Hedemann, S. 68

²⁰⁶ Musielak, S. 255

²⁰⁷ Da jeder, der sich mit den Vermutungen beschäftigte, selbst noch weitere Vermutungen hinzufügte, existierten am Ende so viele Vermutungen, die niemand mehr überblicken konnte, und die sich teilweise sogar widersprachen. Gleichzeitig versuchte man diesen Massen Herr zu werden, indem man sie eben in Kategorien einteilte. Die Glossatoren teilten, wie oben ausgeführt, die *praesumptiones* in die drei bekannten Gruppen ein, während andere, z.B. Tankred (s. u.) vier Kategorien annahm. Insgesamt wurden viele Ansichten vertreten, jedoch letztendlich die Dreiteilung beibehalten.

²⁰⁸ Hedemann, S. 69

vorgenommen. Ausführlich beschäftigte sich insbesondere Tankred mit dieser Einteilung.

Tankred²⁰⁹ versuchte in seinem *ordo iudicarius* zunächst eine Art Definition der Vermutung, indem er auf die Schlussfolgerung von einer Tatsache auf eine andere als das Herzstück der Vermutung abstellt²¹⁰. Entsprechend ihrer Beweisstärke wurden dann vier Kategorien von Vermutungen unterschieden: die *temeraria praesumptio* (= tollkühne Vermutung), *praesumptio probabilis vel iudicis* (= mögliche Vermutung), *praesumptio violenta vel iuris* (= schädigende Vermutung) und *praesumptio necessaria* (= notwendige Vermutung)²¹¹.

Während die *temeraria praesumptio* rechtlich unbeachtlich (kein Beweiswert) ist, hat die *praesumptio probabilis* die Wirkung eines halbvollen Beweises, so dass die *praesumptio probabilis* alleine nicht den vom Kläger geschuldeten Beweis erbringt, sondern nur zusammen z.B. mit einer Zeugenaussage oder einer weiteren Präsumtion, während die *praesumptio violenta* vollen Beweis erbringt und dem Gegner die Führung des Gegenbeweises auferlegt. Die notwendige Vermutung ist die zuvor beschriebene *praesumptio iuris et de iure*, die keinen Beweis des Gegenteils zulässt und vollen Beweis erbringt²¹². Da Tankred davon ausging, dass der Kläger grundsätzlich die Beweislast trägt, hing es damit von der Art der Vermutung ab, ob die Beweislast auf den Beklagten überging.

cc) Konsiliatoren oder Postglossatoren

Bei den Postglossatoren folgte Durantis in seiner Schrift *speculum iuris* der vorstehend aufgeführten Lehre des Tankred²¹³.

Baldus²¹⁴, einer der Hauptvertreter, unterscheidet nur zwischen *praesumptio iuris* und der *praesumptio hominis*, einer tatsächlichen Vermutung, deren

²⁰⁹ Tankred, gestorben ca. 1240

²¹⁰ *Argumentum ad credendum unum factum, surgens ex probatione alterius facti* (= Ein Argument, um eine Tatsache zu glauben, die aus erwiesenen anderen Tatsachen abzuleiten ist).

²¹¹ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 261 f.

²¹² Burckhard, S. 18 ff.

²¹³ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 262, der Durantis in französischer Form als Guillaume Durand angibt. Es handelt sich hier wohl um Wilhelm Durantis oder Durandus, geboren 1237 in Beziers, gestorben 1296 in Rom, Bischof von Mende und bekannt für seine Gesamtdarstellung der römischen Liturgie und sein *speculum iudicale* (Rechts- und Richterspiegel), in dem er um 1290 das römische und

Beweiswert dem Ermessen des Richters überlassen bleibt. Beide werden wieder nach ihrem Beweiswert in zwei Unterarten unterteilt²¹⁵.

Großer Fortschritt wird durch die Lehre der Postglossatoren nicht erreicht. Es kursieren viele Meinungen über die Wirkung dieser beiden *praesumptiones* bzw. ihrer Untergruppierungen. Hierbei ist streitig, ob die *praesumptio iuris* den vollen oder nur halbvollen Beweis erbringt oder gar vom Beweis befreit. Auch über den Beweiswert der *praesumptio hominis* wird ein ganzes Spektrum von Ansichten vertreten²¹⁶.

Die Analyse des römischen Rechts gedieh jedoch während des Mittelalters weiter. Gegen Ende des Mittelalters wurde schließlich nur noch zwischen drei Kategorien von Vermutungen unterschieden, wie sich aus der Sammlung und Analyse des Werkes von Guido Papa um 1450 ersehen lässt: Neben der *praesumptio hominis* wird die *praesumptio iuris tantum* und die *praesumptio iuris et de iure* angeführt²¹⁷.

In der Neuzeit geht man jedoch – wie für diese Zeitperiode kennzeichnend – wieder auf die ursprüngliche Theorie des Aristoteles und vor allem seines römischen Äquivalents Quintilian zurück, dessen Werk teilweise von Petrarca, 1416 jedoch insgesamt von dem Humanisten Poggio²¹⁸ wieder entdeckt wurde.

c) Neuzeit

Duaren setzt sich in seiner Darstellung mit der Lehre der Rhetoriker, insbesondere mit dem Werk Quintilians auseinander und den Unterschieden zu den juristischen Beweiseinteilungen. Diese wurden in *probatio directa* und *probatio obliqua* eingeteilt, je nachdem, ob das, was zu beweisen ist, im Beweismittel enthalten ist oder durch Argumentation aus dem Beweismittel zu schließen ist. Die *probationes obliquae* werden nach ihrem

kanonische Prozessrecht darstellt. Dieses Werk hat bis in das 17. Jahrhundert hinein gegolten und ist in über 50 Auflagen erschienen.

²¹⁴ Baldus de Ubaldis, geboren 1327 und verstorben 1400, italienischer Rechtsgelehrter.

²¹⁵ Burckhard, S. 21 f.

²¹⁶ Burckhard, S. 22

²¹⁷ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 263

²¹⁸ Gian Francesco Poggio Bracciolini (1380 – 1459) war Sekretär mehrerer Päpste und entdeckte in Klosterbibliotheken viele Werke der Antike. Seine Schriften sind wichtige Bestandteile der Geschichte des Humanismus.

Überzeugungsgrad wiederum in drei Gruppierungen eingeteilt: *probatio necessaria et certa*, *probatio verisimilis* und *probatio levis*. Von diesen dreien ist die *probatio verisimilis* gleich der *praesumptio*, jedoch ohne dies näher zu beschreiben. Wann eine *praesumptio* bzw. eine *praesumptio iuris*, ein ebenfalls von ihm verwendeter, jedoch nicht näher beschriebener Begriff, anzunehmen sei, lasse sich nicht allgemein bestimmen. Die *praesumptio iuris* überträgt nach seiner Ansicht die Beweislast auf den Gegner, da bei ihrem Vorhandensein kein weiterer Beweis erforderlich sei und bis zum Beweis des Gegenteils zur Überzeugung des Richters genüge. Insgesamt solle es jedoch dem Richter überlassen bleiben, den Beweiswert eines jeden Beweises im Einzelfall zu bestimmen²¹⁹. Im Ergebnis gibt er damit nur, teilweise unklar, die Ausführungen von Quintilian zum Beweisrecht wieder, ohne hieraus eine Ansicht zu entwickeln.

Auch in den Werken von Andrea Alciat und Jacob Menoch, bei denen die Vermutungen zum ersten Mal nicht als Unterpunkt des Beweisrechts, sondern als eigenständiges Thema untersucht und behandelt wurden, findet sich der Einfluss der antiken Schriftsteller.

Alciat untersucht in seinem Werk neben dem Unterschied von Fiktion und Vermutung die *praesumptio iuris et de iure* und die *praesumptio iuris*, ohne jedoch auf die *praesumptio hominis* einzugehen. *Praesumptiones iuris et de iure* sind gesetzlich vorgesehene Vermutungen, die keinen Gegenbeweis zulassen. Hingegen sind *praesumptiones iuris* definiert als *probabilis coniectura ex certo signo proviniens, quae alio non adducto pro veritate habetur*. Alciat gibt für die einzelnen Bestandteile der Definition jeweils Erklärungen. Im Ergebnis ist die *praesumptio iuris* ein die Beweislast auf den Beklagten übertragendes Beweissubstitut, welches vom Gesetz dem Beweis gleichgestellt wird. Die Vermutungen werden von feststehenden Tatsachen abgeleitet, wobei die Schlussfolgerung nicht notwendig, sondern nur wahrscheinlich sein darf. Je wahrscheinlicher sie jedoch ist, desto wirksamer ist die Vermutung²²⁰. Nach dieser allgemeinen Abhandlung versucht Alciat die *praesumptiones iuris* in drei Gruppen zu unterteilen,

²¹⁹ Burckhard, S. 24 f.

²²⁰ Burckhard, S. 28

wobei jedoch gleich festzuhalten ist, dass diese Einteilung misslingt. Die erste Gruppe enthält positive Vermutungen, die zweite Gruppe Regeln, was nicht vermutet werden darf und die dritte Gruppe gibt dem Richter eine Anweisung, wie er sich im Zweifel zu verhalten hat²²¹.

Jacob Menoch (gestorben 1607) hat quantitativ am meisten zu diesem Thema beigetragen, weshalb er auch als Vater dieser Lehre bezeichnet wird²²². Er unterteilt drei Gruppen von Vermutungen, die er als künstlichen Beweis nach der Lehre von Quintilian ansieht: *praesumptio iuris et de iure*, *praesumptio iuris tantum* und *praesumptio hominis*. Während er die erste als notwendige Schlussfolgerung beschreibt, unterscheidet er die beiden letzteren, die er beide als lediglich wahrscheinliche Schlussfolgerung definiert, nur dadurch voneinander, dass die *praesumptio iuris* vom Gesetz ausdrücklich gebilligt ist²²³.

Da der römisch-kanonische Zivilprozess mit seinen starren Beweisregeln auch noch zu Anfang der Neuzeit das gültige Recht darstellte, brachten die Ansichten der Humanisten keine neuen Erkenntnisse gegenüber dem Mittelalter, zumal sich auch ihre Arbeitsmethode nicht von der früheren unterschied.

Erst im 16. Jahrhundert kam neben der bisherigen Methode der Rechtswissenschaft, die als *mos italicus* bezeichnet wurde, durch den Einfluss des Humanismus insbesondere in Frankreich eine andere auf, die als *mos gallicus* bezeichnet wurde. Während bislang wie in der Theologie die Rechtsquellen durch scholastische Methoden erläutert wurden und sowohl die Rechtsquellen, insbesondere das *corpus iuris*, als auch die Erläuterungen der Glossatoren als unantastbare Autorität galten, versuchte die neue Methode philologisch-historisch den ursprünglichen Sinn des Textes zu erläutern. Dabei kam es zu Ansätzen einer Systematisierung. Gründe für diese Spaltung waren einerseits Erkenntnisse darüber, dass das *corpus iuris* ein „Patchwork“ der Juristen Justinians war, andererseits das Bestreben der Humanisten nach dem Ideal einer eleganten

²²¹ Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 263

²²² Burckhard, S. 32; Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. 263 f.

²²³ Burckhard, S. 33

Rechtswissenschaft. Möglich in diesem Zusammenhang ist auch das politische Streben Frankreichs zu einer Vormachtstellung²²⁴.

d) Die Lehre des 17./18.Jh.

Der Einfluss dieser wissenschaftlichen Spaltung führt dazu, dass im 17./18. Jh. an die Stelle der Exegese der einzelnen Quellen eine systematische Untersuchung des Themas der Vermutungen tritt, teilweise sehr praxisorientiert, da die Universitätsprofessoren gleichzeitig oft auch Richter waren²²⁵. Neue wissenschaftliche Erkenntnisse wurden dadurch für die Vermutungslehre nicht gewonnen. Vielmehr hielt man an der im Mittelalter herausgearbeiteten Einteilung in *praesumptiones iuris et de iure*, *praesumptiones iuris* und *praesumptiones hominis* fest. Deshalb kann man trotz der unterschiedlichen wissenschaftlichen Ansätze und nationalen Interpretationen des *corpus iuris* die Lehre in Europa mit einigen Ausnahmen aufgrund des einheitlichen Ursprungs in Bezug auf die Vermutungen als einheitlich betrachten²²⁶.

Böhmer²²⁷ als deutscher Vertreter dieser Epoche rechnet in seinem Werk *de collisione praesumptionum* die *praesumptiones iuris et de iure* nicht zu den Vermutungen, da sich diese immer aus den Umständen der Wahrscheinlichkeit ergeben, und nicht aus wahren gesetzlichen Vorgaben, die keinen Gegenbeweis zulassen. Die *praesumptiones iuris* vermuten bzw. halten solange etwas für wahr, bis das Gegenteil bewiesen ist. Sie unterscheiden sich dahingehend, ob das Gesetz den Beweis für erbracht ansieht und die Beweislast des Gegenbeweises auf den Gegner überträgt oder eine Schlussfolgerung vorliegt, die lediglich die Beweiserbringung unterstützt²²⁸.

²²⁴ Schröder, S. 54 f.

²²⁵ Schröder, S. 63; Ende des 18. Jh. / Anfang des 19. Jh. verfasste Savigny nach der Methode des *mos gallicus* seine bedeutende Schrift „Recht des Besitzes“, womit er die Art der wissenschaftlichen Monographie begründete, die heute noch üblich ist. Vgl. Schröder, S. 98

²²⁶ Cordopatri, Presunzione, Teoria generale e diritto processuale civile, Enc. dir. XXXV, S. 280

²²⁷ Justus Henning Böhmer, geboren 1674, verstorben 1749, seit 1701 Professor in Halle, vor allem für protestantisches Kirchenrecht. Böhmer war einer der bedeutendsten Vertreter des sog. *usus*. Mit dem Begriff *usus modernus pandectarum* bezeichnete man die Wissenschaft und Praxis in Deutschland, die die ursprünglichen Quellen nicht mehr als unumstößliche Autoritäten ansah, sondern diese mit dem deutschen Recht in Zusammenhang brachte, welches unter dem Gesichtspunkt der Gewohnheit das alte römische Recht verändern konnte (vgl. Schröder, S. 62 f.).

²²⁸ Burckhard, S. 38

Bedeutend für diese Epoche war, dass sich die Rechtswissenschaft in Europa durch die Einflüsse der Aufklärung und des Naturrechts änderte. Von den starren Regeln des Mittelalters und auch noch der Neuzeit abgehend bilden sich die Anfänge eines auf logischen Denkansätzen basierenden naturrechtlichen Systems im Bereich des Privatrechts aus²²⁹. Diese Änderungen hatten auch Einfluss auf das Prozessrecht und insbesondere das Beweisrecht. Die starren Regeln der absoluten Gewissheit und des Beweiswertes begannen langsam aufzubrechen. Es begann eine Entwicklung, die angefangen von der absoluten Gewissheit oder Wahrheit einer Tatsache im 19. Jahrhundert schließlich dahin führte, dass die Überzeugung des Richters von dem zu beurteilenden Tatbestand nun der Maßstab des Beweisrechts wurde²³⁰. In diesem Zusammenhang ist dann auch die sich ändernde Bedeutung der Vermutungen zu sehen. Wurde früher die Gewissheit des Richters nur durch den vollen Beweis herbeigeführt, während die Vermutung nur zu einer Wahrscheinlichkeit führte, die Zweifel hinterließ, so tritt nunmehr der Ermessensspielraum des Richters in den Vordergrund und damit die Aufwertung der Vermutung zu einem eigenständigen Institut, welches zur Überzeugung des Richters ausreichen kann. Hinsichtlich der *praesumptiones iuris* ergaben sich jedoch bis zum 19. Jahrhundert keine grundlegend neuen Erkenntnisse.

e) Die Lehre des 19. Jahrhunderts

Im 19. Jahrhundert werden schließlich die Schritte zur Begründung der heutigen Vermutungslehre unternommen. Vorreiter in Europa u. a. für die Kodifizierung des neuen Prozessrechts war Frankreich. Der *Code Napoleon*, der in Abkehr vom gesetzlichen Beweis bereits auf das Ermessen des Richters (*preuve morale*) abstellte, war Vorbild für Italien, welches bereits Mitte des 19. Jahrhunderts ein Gesetzbuch erließ, das die Ermessensfreiheit des Richters sowie die dadurch veränderte Bedeutung der Vermutung

²²⁹ Schröder, S. 75

²³⁰ Cordopatri, Presunzione, Teoria generale e diritto processuale civile, Enc. dir. XXXV, S. 284; Musielak, S. 266

bereits in einigen Artikeln berücksichtigt²³¹. In Deutschland war es erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts soweit.

Mit den veränderten Voraussetzungen des Prozessrechts verlor ein Großteil der in letzten Jahrhunderten zur Beweismwürdigung entstandenen Vermutungen ihre Bedeutung bzw. Daseinsberechtigung. Ein kleiner Teil dieser *praesumptiones hominis* hat sich jedoch bis heute erhalten²³². Mit der einheitlichen Kodifizierung des materiellen Rechts und der Verschiebung der wissenschaftlichen Diskussion auf den Bereich der Beweislast, änderte sich auch die Sichtweise der Vermutungslehre. Die heutige Lehre wurde entwickelt. Die Vermutungen wurden wissenschaftlich nun nicht mehr alleine, wie noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts, sondern nur noch im Zusammenhang mit der Beweislast abgehandelt.

Erwähnt sei, dass in der wissenschaftlichen Diskussion über Vermutungen zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Deutschland noch einige Ansätze verfolgt wurden, die jedoch im Grunde zu vernachlässigen sind. Weindler und Feuerlein lösten sich bei dem Versuch der Aufstellung einer Vermutungslehre von der Kasuistik und versuchten eine logische, philosophische Konstruktion, die jedoch im Ergebnis teilweise völlig abwegig war²³³.

Im Rahmen der beweisrechtlichen Diskussion trat die Frage der Beweis(führungs)last mehr in den Vordergrund. In Deutschland entstanden mehrere Theorien, die versuchten die Frage der Beweislast anhand von Prinzipien zu lösen. Eine davon war die sog. Präsumtionstheorie. Nach dieser Theorie trägt derjenige die Beweislast, der eine Vermutung gegen sich hat. Dabei wird die Vermutung, die bislang nur ausnahmsweise die Beweislast verteilt hat, zur allgemeinen Grundlage und die Vertreter dieser Theorie entwickeln eine Vielzahl von Vermutungen²³⁴, genau wie bei der legalen Beweistheorie (s. o.). Unterschied zwischen beiden Theorien war jedoch, dass sich die legale Beweistheorie an den Richter wandte, während die soeben beschriebene Präsumtionstheorie sich an die Parteien richtete.

²³¹ Cordopatri, Presunzione, Teoria generale e diritto processuale civile, Enc. dir. XXXV, S. 285

²³² Leipold, S. 50

²³³ Hedemann, S. 91

²³⁴ Musielak, S. 270

Diese Theorie hat jedoch nicht viele Anhänger gefunden, zumal sich die Ansicht durchsetzte, dass die Beweislast Teil des materiellen Rechts sei und von diesem bestimmt wurde. Ausfluss dieser Theorie ist jedoch die noch heute vertretene Vermutung der Fortdauer eines eingetretenen Zustandes, der durch den Beweis eines geänderten Zustandes widerlegt werden kann²³⁵. Ferner leitet sich aus dieser ebenfalls die teilweise vertretene Ansicht ab, dass tatsächliche Vermutungen die Beweislast ändern können²³⁶.

f) Zusammenfassung

Der historische Abriss hat gezeigt, dass seit der Antike *praesumptiones iuris* und *hominis* unterschieden wurden, zu denen im Mittelalter noch die *praesumptiones iuris et de iure* hinzugefügt wurden. Die *praesumptiones iuris* wurden seit jeher als Mittel angesehen, die Beweislast zwischen den Parteien zu verändern. Aufgrund der Lehre des gesetzlichen Beweises wurden sie in ihrer Bedeutung hinten angestellt, da nunmehr die Frage der Beweiswürdigung im Vordergrund stand und die Vermutungen unter diesem Aspekt behandelt wurden. Die vielen Vermutungen, die entstanden, verstellten den Blick der Wissenschaft. Erst mit Abkehr von der legalen Beweistheorie zu einer Beweiswürdigung nach richterlichem Ermessen kam Bewegung in die Vermutungslehre. Ein Großteil der *praesumptiones hominis* wurden überflüssig. Mit der wissenschaftlichen Erkennung der Bedeutung der Beweislast steigt auch wieder die Bedeutung der *praesumptiones iuris* aufgrund ihres Einflusses auf die Beweislast, die lange Zeit in einer Art Dornröschen-Schlaf versunken waren. Hingegen sinkt die Bedeutung der *praesumptiones hominis*. Man kann die Bedeutung dieser beiden Arten von Vermutungen am besten als entgegengesetzt verlaufende Kurven beschreiben.

Das in der Vergangenheit bestehende Problem das Rechtsinstitut der Vermutungen zu erhellen, besteht auch noch heute, da im Sprachgebrauch insbesondere der Gerichte der Begriff Vermutung auch dann gebraucht wird, wenn technisch gesehen keine Vermutung, sondern z.B. in

²³⁵ Rosenberg, S. 199

²³⁶ Musielak, S. 271 f.

Deutschland ein Anscheinsbeweis oder eine Beweislastregel vorliegt. Deshalb erscheinen auch heute noch Vermutungen als ein undurchschaubares Rechtsgebiet. Zusammenfassend kann man jedoch sagen, dass die gesetzlichen Vermutungen bzw. *presunzioni iuris tantum* den *praesumptiones iuris* entsprechen, während die tatsächlichen Vermutungen bzw. *presunzioni semplici* in der Tradition der *praesumptiones hominis* stehen. Noch heute werden sie in Italien im Gesetz in die Reihe Beweismittel eingeordnet. Auch in Deutschland sind die tatsächlichen Vermutungen der Beweiswürdigung zuzurechnen. Ihre Bedeutung ist jedoch weitaus geringer als in Italien. Dies mag auch daran liegen, dass der von der Rechtsprechung entwickelte Anscheinsbeweis im Grunde als eine Weiterentwicklung der eigentlich durch die ZPO abgeschafften *praesumptiones hominis* angesehen werden kann, und deshalb viele von der Rechtsprechung zwar als tatsächliche Vermutungen bezeichnet werden, eigentlich aber Anscheinsbeweise sind²³⁷.

3. Auswirkungen der Vermutungen auf die Beweislast

a) Unwiderlegbare Vermutungen

Keine Auswirkung auf die Beweislast, sondern bloße Normen mit einer materiellen Rechtsfolge sind die unwiderlegbaren Vermutungen oder *presunzioni iuris et de iure*. Durch die unwiderlegbaren Vermutungen wird lediglich ein zweiter Tatbestand als Ausgangstatsache für die Vermutung aufgestellt²³⁸. Deshalb sollen diese auch hier nicht näher untersucht werden.

b) Tatsächliche Vermutungen

Unterschiedlich ist die Auswirkung der tatsächlichen Vermutung in Deutschland auf die Beweislast. Teilweise sind diese Vermutungen noch ein Relikt des gemeinen Rechts, teilweise werden sie jedoch von der Rechtsprechung erst entwickelt. Sie dienen dann als Instrumente der

²³⁷ Prütting, S. 57 f.; Greger, VersR 1980, 1091, 1098

²³⁸ Habscheid, FS f. Bosch, S. 365; Stein/Jonas (Leipold), ZPO, § 292 ZPO, Rn. 5; Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 4; Fabbrini, Presunzioni, Digesto XIV, S. 281; Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2727 c.c., Anm. I, Rn. 3; Scardaccione, S. 273

Beweiserleichterung bis sogar zu Beweislastumkehr²³⁹. Die Anwendung ist nicht immer einheitlich. Vielmehr könnte man sagen, dass die tatsächlichen Vermutungen als Lückenfüller dann verwendet werden, wenn keine anderen Institute da sind, oder sogar selbst dann, wenn es andere Möglichkeiten gibt, wohl möglich, weil die Anwendung einer tatsächlichen Vermutung leichter erscheint. Damit wird die von der Literatur vorgenommene Einteilung, dass Tatsachen- und Rechtsvermutungen dem Gebiet der Beweislast und tatsächliche Vermutungen der Beweiswürdigung zuzuordnen sind²⁴⁰, von der Rechtsprechung missachtet.

Prütting hat die von der Rechtsprechung angewandten tatsächlichen Vermutungen näher untersucht²⁴¹. Dabei kam er zu dem Ergebnis, dass die tatsächlichen Vermutungen oft zur Veränderung der objektiven Beweislast und zur Absenkung des Beweismaßes verwendet wurden, ohne dass diese Vorgehensweise methodisch oder gesetzlich legitimiert war. Da diesen hierbei Erfahrungssätze zugrunde gelegt wurden, hätten nach Ansicht von Prütting auch Beweiserleichterungen (Anscheinsbeweis) ausgereicht. Ferner entpuppten sich ein Teil der Vermutungen als Anscheinsbeweise, ein Teil als Indizien und ein Teil als Beweiserleichterung *sui generis*, die allesamt der Beweiswürdigung zuzurechnen sind. Damit stellt sich die in der Literatur vielfach gestellte Frage nach der Berechtigung eines eigenen Instituts der tatsächlichen Vermutung. Es wird gewarnt, angesichts derartiger Verschwommenheit es überhaupt zu verwenden. Selbst wenn es zum Tragen kommen sollte, darf es jedoch nicht an Stellen, an welchen der Gesetzgeber dies nicht vorgesehen hat, dazu dienen, die Beweislast ohne methodische Begründung abzuändern, sondern lediglich als Beweiserleichterung im Rahmen der Beweiswürdigung.

Diese Probleme bestehen in Italien mit den *presunzioni semplici* nicht, da der Gesetzgeber von vornherein den Anwendungsbereich und die Anwendungskriterien in Art. 2729 c.c. bestimmt hat. Sie können daher auch nicht als Mittel zur Beeinflussung der Beweislast dienen. Sie werden vielmehr in eine Reihe mit den übrigen Beweismitteln gestellt, aufgrund

²³⁹ Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 22

²⁴⁰ Baumgärtel, Rn. 355

derer der Richter seine Überzeugung bildet²⁴¹. Die Überzeugungsbildung des Richters erfolgt durch eine zwangsläufig kausale Verbindung zweier Fakten (*procedimento logico - induttivo*), von denen eine bekannt ist, und von der mit Hilfe dieser Argumentation auf die Existenz der unbekannten Tatsache geschlossen wird²⁴². Damit gehört die *presunzione semplice* zur Beweiswürdigung, ohne Einfluss auf die Beweislast zu haben.

c) Widerlegbare Vermutungen

Hingegen können die gesetzlichen, widerlegbaren Vermutungen oder *presunzioni relative*, um das Ergebnis schon vorwegzunehmen, Einfluss auf die Beweislastverteilung ausüben. Bei den gesetzlichen Vermutungen hat der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen, dass die vermutete Tatsache keines Beweises bedarf, sondern nur die Tatsache der Vermutungsbasis. Aufgrund der möglichen Widerlegung der Vermutung ist es der Gegenseite gestattet, die Anwendung der Vermutung durch Führung des Beweises des Gegenteils zu verhindern. Der Beweis des Gegenteils ist gleich einem Hauptbeweis und nicht dem Gegenbeweis, d.h. der Richter muss vom Gegenteil der zu vermutenden Tatsache voll überzeugt sein²⁴³.

Gelingt dieser Beweis des Gegenteils nicht, so wird nunmehr der Richter durch das Gesetz angewiesen, so zu entscheiden, als ob die vermutete Tatsache bewiesen worden wäre. Da die Vermutung dem Richter eine Anweisung zur Entscheidungsfindung erteilt, wird diese daher unstreitig als eine Beweislastregel angesehen. Beweislastregeln können bekanntlich die Beweislast umkehren.

Fokussiert man nun allein die vermutete Tatsache, so ergibt sich, dass diese von der ursprünglich beweisbelasteten Partei nicht bewiesen werden muss, während diesen Beweis in Form des Gegenteils die ursprünglich nur mit dem einfacher oder leichter zu führenden Gegenbeweis belastete Partei führen muss. Aus diesem Grund wird die Ansicht vertreten, dass die

²⁴¹ Prütting, S. 50 ff.

²⁴² Scardaccione, S. 269

²⁴³ Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2729 c.c., Anm. I, Rn. 1; Scardaccione, S. 267

²⁴⁴ Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 22; Musielak/Huber, ZPO, § 292, Rn. 5

widerlegbaren gesetzlichen Vermutungen die Beweislast umkehren²⁴⁵. Nur für diesen Ausschnitt betrachtet, kann man in der Tat feststellen, dass sich die Beweislast entsprechend der vorstehend vorgenommen Definition umkehrt.

Dabei wird übersehen bzw. würde dann dem Umstand keine Rechnung getragen, dass derjenigen Partei, der ohne die Vermutungswirkung die Beweislast für diese Tatsache obliegen würde, nur dann von diesem Beweis entbunden wird, wenn ihr die Behauptung und der Beweis der Vermutungsbasis gelingt. Denn dies ist Voraussetzung für das Wirksamwerden der Vermutung. Betrachtet man nun die Situation der Beweislast, so stellt man fest, dass sich die Beweislast entsprechend der vorstehenden Definition insofern nicht umgekehrt hat, da die Partei nach wie vor verpflichtet ist, einen Hauptbeweis zu führen. Zwar nicht mehr den für die im Tatbestand des Gesetzes enthaltene Tatsache, sondern für einen außerhalb dieses Tatbestandes liegenden Umstand. Damit ist jedoch die Partei nicht völlig von der Beweislast entbunden, weshalb eine andere Ansicht richtigerweise auch insofern eine Beweislastumkehr verneint und nur von einer Verschiebung des Beweisthemas spricht. Allerdings gesteht diese Ansicht zu, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch von einer Umkehr der Beweislast zu sprechen ist. Dies setzt voraus, dass die Tatsache der Vermutungsbasis keines Beweises bedarf, z.B. weil sie unstreitig ist. Auch dann kann die Vermutung zugunsten dieser Partei eingreifen, die diesbezüglich nunmehr keinen Beweis zu führen hat. Kann nun die andere Partei den ihr obliegenden Beweis des Gegenteils nicht erbringen, so muss sie dann die Vermutung gegen sich gelten lassen. Im Ergebnis fällt der Richter damit eine Entscheidung wie im Falle des *non liquet* zulasten der nach der Grundregel nicht beweisbelasteten Partei²⁴⁶. In diesem Fall liegt dann in der Tat eine Beweislastumkehr vor.

Ebenso wie in Deutschland werden auch heute in Italien Vermutungen als Beweislastregeln angesehen. Die *presunzione legale* stellt somit keine Tatsachen fest, sondern bestimmt die rechtlichen Folgen eines fehlenden

²⁴⁵ Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 21

²⁴⁶ Gottwald, Jura 1980, 225, 235; Leipold, S. 79 ff.

Beweises des Gegenteils der vermuteten Tatsache²⁴⁷. Das war in der Vergangenheit nicht der Fall. Vor Jahren wurde die *presunzione legale relativa* teilweise als gesetzliche Variante der *presunzione semplice* angesehen, die keine Beweislastregel darstellt, sondern eine logische Schlussfolgerung aufgrund von Wahrscheinlichkeit (*illazione*). Damit wurde auch die *presunzione legale* neben den anderen bekannten Beweismitteln eingeordnet²⁴⁸. Diese Ansicht resultiert, wie die Historie gezeigt hat, aus den dort beschriebenen Vermutungen. Diese hat heute jedoch keine Bedeutung mehr. Die Literatur hat nämlich klargestellt, dass eine gesetzliche Anweisung an den Richter in Form einer widerlegbaren Vermutung keine logische Schlussfolgerung im Rahmen der Beweiswürdigung ist, sondern eine notwendige rechtliche Folge. Denn im Unterschied zu den Beweismitteln soll eine gesetzliche Vermutung den Richter nicht überzeugen. Dieser hat vielmehr nach der Vermutung, unabhängig von seiner Überzeugung, zu handeln²⁴⁹.

Abschließend wird klargestellt, dass diese Vermutungen nicht mit sog. voraussetzungslosen Vermutungen verwechselt werden dürfen. Hierbei handelt es sich um gesetzliche Regelungen, die das Wort „vermuten“ beinhalten, denen jedoch eine außerhalb des Tatbestandes liegende Vermutungsbasis fehlt. Deshalb handelt es sich bei diesen gesetzlichen Regelungen um besondere Beweislastregeln, jedoch um keine Vermutungen²⁵⁰.

VI. Beweislastumkehr und Beweiserleichterungen der Rechtsprechung

1. Beweislastumkehr

Der Vollständigkeit halber soll noch kurz die Rechtsprechung erwähnt werden.

In der italienischen Rechtsprechung wird zum einen eine *inversione dell'onere della prova* aufgrund Parteiverhaltens (*inversione unilaterale*)

²⁴⁷ Fabbrini, Presunzioni, Digesto XIV, S. 282; Patti, S. 102 f.

²⁴⁸ Galgano, Diritto civile e commerciale, Vol. 4, S. 269 u. 285

²⁴⁹ Sacco, Rivista di diritto civile 1957, 399, 408

²⁵⁰ Gottwald, Jura 1980, 225, 235; Patti, S. 104; Sacco, Rivista di diritto civile 1957, 399, 408

angenommen. Hierbei kann es sich je nach Prozesssituation um eine echte Umkehr der Beweislast, oder aber nur um eine Umkehr der konkreten Beweisführungslast handeln²⁵¹. Zum anderen basieren in der italienischen Rechtsprechung die Fälle der *inversione dell'onere della prova* fast immer auf der Grundlage von Vermutungen, die aus Gründen wie z. B. zugunsten der schwächeren Partei oder ähnlich dem Gefahrenbereich aus Gründen der Beweisnähe z.B. wie in Deutschland im Bereich der unerlaubten Handlungen eingesetzt werden²⁵².

Anders hingegen die in Deutschland von der Rechtsprechung entwickelten Fälle einer Beweislastumkehr. Im Anklang an § 282 BGB entwickelte die deutsche Rechtsprechung für die pVV eine Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, welche auf alle Vertragstypen Anwendung findet. Für die deliktische Haftung entwickelte der BGH eigene Grundsätze in Form von Beweislastregeln.

Bei der Beweislastumkehr handelt es sich um Rechtsfortbildung *contra legem*, da die Beweislast abweichend vom Gesetz verteilt wird²⁵³. Obwohl sie als Mittel gesehen wird, der beweisbelasteten Partei im Falle von Beweisschwierigkeiten die Beweisführung zu erleichtern, kommt sie nur im engen Rahmen und für bestimmte herausgearbeitete Fallgruppen in Betracht, jedoch nicht aus Billigkeitsgründen in besonderen Einzelfällen²⁵⁴.

Die Beweislastumkehr berührt die Beweislast. Diese wird entgegen der allgemeinen Regel im Prozess auf die nicht beweisbelastete Partei verschoben. Obwohl die objektive Beweislast normalerweise vor dem Prozess abstrakt festgelegt wird, handelt es sich bei der Beweislastumkehr nicht um eine Umkehr der konkreten Beweisführungslast. Denn die von der Rechtsprechung entwickelten Fälle legen die objektive Beweislast für bestimmte Fallkonstellationen fest. Folglich geht im Falle eines *non liquet*

²⁵¹ S. hierzu die Ausführungen und Beispiele bei Verde, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1992, 715 ff.

²⁵² Vgl. hierzu Cendon/Ziviz, *Rivista di diritto e procedura civile* 1992, 757 ff., insbesondere 784 ff., als Gründe für eine Beweislastumkehr im Schadensrecht insbesondere in Bezug auf die Schadenshöhe, die vom Opfer nicht im einzelnen nachgewiesen werden muss, sondern die, sofern der Grund nachgewiesen wurde, vom Gericht bemessen wird (z.B. auch mit Hilfe von Tabellen etc.).

Als Beispiel einer richterrechtlichen Beweislastumkehr kann hier – entsprechend zum deutschen Recht – die Arzthaftung genannt werden, nach der der Patient neben dem schädigenden Ereignis beweisen muss, dass es sich um eine Routineoperation handelte, von der das Gericht dann ohne weiteres auf die Fahrlässigkeit des Arztes schließen kann, Cendon / Ziviz, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1992, 757, 783.

²⁵³ Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 286, Rn. 118

das Urteil nun zu Lasten der nunmehr beweisbelasteten Partei, die jetzt das Risiko des Prozessverlustes trägt. Die Rechtsprechung des BGH führt jedoch nicht in jedem Fall zu einer Beweislastumkehr. Diese ist *ultima ratio*. Deshalb hat der BGH auch die Formel der Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr entwickelt, um so flexibel im Einzelfall die erforderliche Maßnahme anwenden zu können.

Eine Beweislastumkehr wird in der Regel z.B. bei groben Pflichtverletzungen bei Ausübung des Berufes angenommen. Diese Rechtsprechung hat ihren Ausgang bei Arzthaftungsprozessen genommen²⁵⁵.

Auch arglistige oder fahrlässige Beweisvereitelung führt als Sanktion zur Umkehr der Beweislast, zumindest aber zu einer Beweiserleichterung. In der Regel kommt es dann zu einer Beweislastumkehr, wenn eine vertragliche oder allgemeine Pflicht, die nach dem Grundsatz von Treu und Glauben besteht, Beweismittel, die die Gegenseite nicht sichern kann, aufzubewahren, verletzt wird. Hierunter fällt bei Arzthaftungsfällen nicht nur die Unterlassung der Dokumentation von Krankheitsverläufen, sondern auch die Vernichtung von Unterlagen, Proben etc.

Obwohl in den beispielhaft aufgeführten Arzthaftungsprozessen stets von dem beweisrechtlichen Grundsatz ausgegangen wird, dass dem Geschädigten die Beweislast für alle ihm günstigen Tatbestandsmerkmale obliegt, wird für die Frage der haftungsausfüllenden Kausalität und des Verschuldens eine Beweiserleichterung angenommen, die nach tatrichterlichem Ermessen bis zu Beweislastumkehr gehen kann²⁵⁶. Diese vom BGH ohne weitere Begründung aufgestellte Regel wird von der Literatur zwar heftig kritisiert²⁵⁷. Die Position der Patienten, denen nach dem Gesetz die volle Beweislast obliegt, soll durch Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr erheblich gestärkt werden²⁵⁸.

²⁵⁴ Baumgärtel, FS für Nakamura, S. 43

²⁵⁵ z. B. BGH, NJW 1987, 1482 ff. und NJW 1989, 2330 ff.; nun auch für die unterlassene Überprüfung von EDV-Programmen BGH, NJW 1996, 2924 ff.

²⁵⁶ BGH, NJW 1978, 2337

²⁵⁷ Baumgärtel, Rn. 480

²⁵⁸ Stürmer, NJW 1979, 1225

2. Beweiserleichterung in Form des Anscheinsbeweises

Ein Fall der Umkehr der konkreten Beweisführungslast ist das dem deutschen Recht eigene Rechtsinstitut des Anscheinsbeweises. Der Anscheinsbeweis ist dem italienischen Recht eigentlich fremd²⁵⁹ und wird in der Literatur allenfalls im Zusammenhang mit der deutschen Lehre dargestellt²⁶⁰. Trotzdem soll es wohl auch in der italienischen Rechtsprechung Beispiele für Anscheinsbeweise geben²⁶¹. Vom Gesetzgeber wurde jedoch eigentlich das Rechtsinstitut der tatsächlichen Vermutung für entsprechende Fälle geschaffen. Für das deutsche Beweisrecht stellt der Anscheinsbeweis jedenfalls einen wichtigen und nicht unumstrittenen Bestandteil dar.

Früher wurde bezüglich dieses Rechtsinstituts die Auffassung vertreten, dass dieses die Beweislast umkehre. Diese Auffassung ist jedoch überholt, da heute unstreitig ist, dass durch den Anscheinsbeweis die Beweislast nicht umgekehrt wird²⁶². Bei dem Anscheinsbeweis handelt es sich vielmehr nur um eine sog. Beweiserleichterung.

²⁵⁹ Micheli, S. 204 f., der die Existenz des Anscheinsbeweises im italienischen Recht völlig ablehnt, da die bloße Wahrscheinlichkeit des Bestehens einer Tatsache nicht die Beweislast abändern könne.

Dieser Ansicht von Micheli kann nicht gefolgt werden. Im deutschen Recht ist es inzwischen unstreitig, dass der Anscheinsbeweis keine Umkehr der Beweislast zur Folge hat, sondern lediglich eine Umkehr der konkreten Beweisführungslast. Dadurch, dass z. B. dem Kläger die Beweisführung durch den Anscheinsbeweis erleichtert wird, da das Gericht durch den Erfahrungssatz zur Überzeugung gelangen kann, dass die streitige Tatsache gegeben ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass nunmehr dem Beklagten die Beweislast für das Gegenteil obliegt (vgl. Taruffo, *Rivista di diritto e procedura civile* 1992, 733, 738). Im Gegenteil. Wenn das Gericht zu der Überzeugung aufgrund eines Anscheinsbeweises gelangt, kann der Beklagte diesen im Wege des Gegenbeweises erschüttern. Im Fall des Anscheinsbeweises muss er darlegen und beweisen, dass im konkreten Fall eine Abweichung von dem generellen Erfahrungssatz besteht. Dabei reicht es aus, dass das Gericht diese Abweichung ernsthaft in Erwägung zieht, so dass es zweifelt, ob in diesem Fall auch der Erfahrungssatz gegeben ist. Der Beklagte muss das Gericht nicht davon überzeugen, dass hier der Erfahrungssatz nicht anzuwenden ist. Zweifel kann der Beklagte auch dadurch säen, dass er Indizien voll nachweist, von denen auf einen anderen Sachverhalt geschlossen werden kann. Die Führung des Gegenbeweises kann im Einzelfall beim Anscheinsbeweis schwerer zu führen sein als im Normalfall, so dass im Einzelfall dies wie eine Beweislastumkehr erscheinen mag. Die Anforderungen an den Gegenbeweis bleiben aber auch beim Anscheinsbeweis dieselben wie im Normalfall (Erschütterung der Überzeugung). Von einer beiderseitigen Reduzierung der Anforderungen an den Beweis (*riduzione bilaterale dell'esigenza di prova il fatto*, vgl. Taruffo, *Rivista di diritto e procedura civile* 1992, 733, 741) kann keine Rede sein. Da die Beweislastverteilung im Ergebnis somit weiterhin dem „Normalfall“ entspricht, kann von einer Einflussnahme auf die Verteilung der Beweislast keine Rede sein. Vgl. Baumgärtel, Rn. 264 ff.

Vgl. auch Patti, S. 173; Taruffo, *Rivista di diritto e procedura civile* 1992, 733, 741, die jedoch einige Fälle des Anscheinsbeweises in der Rechtsprechung, aber auch in der Literatur ausmachen.

Im Gesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau in der Arbeit wird – für Italien neu – eine Umkehr der konkreten Beweisführungslast eingeführt, wonach das Gericht erst von bestimmten Tatsachen überzeugt sein muss, bevor von diesen ein Anscheinsbeweis über die Diskriminierung der Frau aufgrund typischer Verhaltensweisen geführt werden kann. Vgl. Denti, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1992, 709, 712.

²⁶⁰ Micheli, S. 204 ff.; Patti, S. 169; Taruffo, *Onere della prova*, Digesto XIII, S. 77 f.

²⁶¹ Taruffo, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1992, 733, 741, der ausführt, dass bei unklarer Gesetzeslage Mechanismen dieser Art im italienischen System vorhanden sind. Vgl. auch Patti, S. 173, beide jedoch ohne konkrete Beispiele zu benennen.

²⁶² Blomeyer, AcP 158, 97; Prütting, S. 9 f.

Das Institut des Anscheinsbeweises wurde von der deutschen Rechtsprechung entwickelt²⁶³. Es stellt eine gewohnheitsrechtliche Beweiserleichterung für die Partei dar, die sich auf einen zuverlässigen und anerkannten Erfahrungsgrundsatz berufen kann. Im Falle des Anscheinsbeweises, auch *prima-facie*-Beweis genannt, braucht die beweisbelastete Partei zunächst nur die Umstände darlegen, aus denen sich nach allgemeiner Lebensauffassung oder einem Erfahrungssatz die Ursache eines Geschehens ableiten lässt. Nur der Erfolg muss von der beweisbelasteten Partei im Wege des Strengbeweises bewiesen werden. Von diesem wird dann nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hingewiesen²⁶⁴. Anwendungsfall des Anscheinsbeweises ist daher auch die Kausalität bei Schadensfällen bzw. das Verschulden, insbesondere bei Verkehrsunfällen²⁶⁵.

Liegt im Einzelfall ein typischer Geschehensablauf vor, zum Beispiel, dass ein Auto ein anderes Auto hinten beschädigt, so ist nach allgemeiner Erfahrung davon auszugehen, dass das hintere Auto auf das vordere Auto aufgefahren ist. Ist auch das Gericht von dem Vortrag einer Partei überzeugt, dass das hintere Auto auf das vordere aufgefahren sei, braucht diese Partei die Kausalität aufgrund der Lebenserfahrung nicht mehr im Wege des Hauptbeweises zu beweisen. Der Gegenseite obliegt es nun oder steht es frei, diesen Anscheinsbeweis im Wege des Gegenbeweises zu entkräften, indem die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes dargetan wird²⁶⁶. Die Tatsachen, aus denen diese Möglichkeit abgeleitet werden soll, müssen allerdings im Wege des Strengbeweises erbracht werden²⁶⁷.

Das Rechtsinstitut des Anscheinsbeweises wurde bislang trotz seiner prozessualen Bedeutung weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur eindeutig dogmatisch unterlegt²⁶⁸. Ursprünglich in der Rechtsprechung nur in Schiffskollisionsfällen angewandt, wurde der

²⁶³ Jauernig, § 50 V

²⁶⁴ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 286, Rn. 13

²⁶⁵ Greger, VersR 1980, 1091, 1092

²⁶⁶ Greger, VersR 1980, 1091, 1092; Zöller/Greger, ZPO, Vor § 284, Rn. 29

²⁶⁷ BGHZ 6, 169, 170

²⁶⁸ Prütting, S. 94

Anscheinsbeweis seit 1930 bereits als Vorgang der richterlichen Beweiswürdigung angesehen, ohne dass dies näher erörtert wurde²⁶⁹. In der Literatur werden vier verschiedene Theorien vertreten, die jedoch alle nicht frei von Kritik sind²⁷⁰.

Außer für Kausalität und Verschulden wurde der Anscheinsbeweis bislang nur in zu vernachlässigenden Einzelfällen von der Rechtsprechung zugelassen, für andere Fälle jedoch überwiegend abgelehnt²⁷¹.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Verteilung der Beweislast durch den Anscheinsbeweis nicht verändert wird. Der Anscheinsbeweis erleichtert nur der beweisbelasteten Partei die Beweisführung für die genannten abstrakten Tatbestandsmerkmale²⁷². Hierbei erfolgt im Rahmen enger Voraussetzungen ähnlich wie bei den tatsächlichen Vermutungen eine logische Schlussfolgerung von bekannten Tatsachen auf normalerweise daraus resultierenden Tatsachen. Wurde der Anscheinsbeweis erbracht und gelingt der anderen Partei der Gegenbeweis nicht, so hat die beweisbelastete Partei einen zum Vollbeweis gleichwertigen Beweis erbracht, der ebenfalls

²⁶⁹ Greger, VersR 1980, 1091, 1098

²⁷⁰ Die heute als h. L. anerkannte Beweiswürdigungstheorie geht davon aus, dass der Richter bei der Überzeugungsbildung den Anscheinsbeweis als Beweis ausreichen lassen muss, wenn der Gegenbeweis nicht gelingt. Der Anscheinsbeweis ist somit eine Beweiswürdigungsregel, die den Richter nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, diese durch Erfahrungssätze belegte Wahrscheinlichkeit ausreichen zu lassen. Kritisiert wird bei dieser Ansicht, dass hier der Richter in Konflikt mit § 286 ZPO gerät. Diese Norm, die die Beweiswürdigung allein der richterlichen Überzeugung überlässt, ohne hierfür Regeln vorzuschreiben, wird durch den Anscheinsbeweis als Beweiswürdigungsregel unterlaufen. Der Richter müsste dann neben den anerkannten Denk- und Naturgesetzen, die als absolut gesichert angesehen werden können, noch Erfahrungssätze für den Anscheinsbeweis anwenden, die bei weitem als nicht so gesichert angesehen werden können, sondern allenfalls als höchst wahrscheinlich. Damit würde jedoch die freie Überzeugungsbildung des Richters nicht mehr gewährleistet sein (Greger, VersR 1980, 1091, 1102).

Diese Beweismaßtheorie setzt bei der Überzeugung des Richters an. Dieser nicht voll von dem Tatbestand überzeugt sein, sondern er muss ihn lediglich zu einem gewissen Grade für wahrscheinlich halten. Dadurch muss der Richter nicht mehr zur vollen Überzeugung nach § 286 ZPO gelangen, wodurch eine Beweismaßreduzierung anzunehmen ist (Greger, VersR 1980, 1091, 1099). Dies führt aber zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, da es dem einzelnen Richter offen steht zu entscheiden, wie viel Wahrscheinlichkeit anstelle seiner subjektiven Überzeugung (§ 286 ZPO) ausreicht, um den Beweis als geführt anzusehen.

Der Anscheinsbeweis stellt nach der heute nicht mehr vertretenen Beweislasttheorie eine Beweislastregelung dar. Denn der Anscheinsbeweis würde die Situation eines *non liquet* und gleichzeitig eine ungerechte Beweislastregelung überwinden. Kritisiert an dieser Ansicht wird, dass der Anscheinsbeweis nicht erst im Falle eines *non liquet* eingreift, sondern bereits viel früher, um gerade den Fall des *non liquet* zu vermeiden. Die Beweisführung wird erleichtert. Verlangt wird ein Gegenbeweis, wodurch somit die konkrete Beweislast geändert wird. Damit fehlt dem Anscheinsbeweis die abstrakt-generelle Risikozuweisung, wie die objektive Beweislast diese vornimmt (Prütting, S. 98, 99).

Bei der materiellrechtlichen Theorien wird in verschiedener Weise versucht, den Anscheinsbeweis als Risikoordnung oder Modifizierung des materiellen Haftungstatbestandes einzuordnen. Damit würde aber neben den geschriebenen Tatbestand ein ungeschriebener Tatbestand treten, der im Falle des Anscheinsbeweises anzuwenden wäre. Dies widerspricht jedoch der Tatsache, dass der Anscheinsbeweis als prozessuales Instrument eingesetzt wird, welches am Tatbestand überhaupt nichts ändert, sondern nur im konkreten Einzelfall der beweisbelasteten Partei Erleichterung gewährt.

²⁷¹ Abgelehnt bzgl. des Zugangs eines Briefes (BGH, VersR 78, 671); für die Richtigkeit der Eintragung in Handelsbüchern (BGH, BB 54, 1044) oder im Bereich individueller Willensentscheidungen, wie die Verletzung von Aufklärungspflichten (BGH NJW 94, 512), Freitod (BGH 100, 214, 216).

²⁷² Schneider, Rn. 343

der richterlichen Überzeugung genügen muss (§ 286 I ZPO). Insofern ist der Anscheinsbeweis nicht bei der Beweislast, sondern bei der Beweiswürdigung einzuordnen²⁷³.

VII. Exkurs: Indizienbeweis / *prova indiziaria*

Im engen Zusammenhang mit den tatsächlichen Vermutungen und dem Anscheinsbeweis steht der Indizienbeweis, weshalb der Vollständigkeit halber kurz auf diesen eingegangen werden soll. Auch beim Indizienbeweis handelt es sich um eine logische Schlussfolgerung von einer Tatsache auf eine andere. Aufgrund dieser Parallelität ist eine Abgrenzung in Deutschland zum Anscheinsbeweis, in Italien zu den *presunzioni semplici* umstritten.

In Deutschland werden zwei Ansichten in der Literatur gleichermaßen vertreten. Die eine unterscheidet zwischen dem Anscheinsbeweis und dem Indizienbeweis, die andere hält eine Unterscheidung in der Praxis für nicht möglich. Die erste Ansicht nimmt einen Anscheinsbeweis bei einer Schlussfolgerung von einer feststehenden Tatsache auf ein Tatbestandsmerkmal aufgrund eines typischen Geschehensablaufs (Lebenserfahrungsgrundsatz) an, während beim Indizienbeweis keine typische, sondern eine individuelle Sachlage gegeben ist, in deren Rahmen von einer feststehenden Tatsache auf die Haupttatsache geschlossen wird²⁷⁴.

Die andere Ansicht kritisiert, dass eine solche Unterscheidung in der Praxis nicht möglich sei, da bei beiden das Gericht Lebenserfahrungsgrundsätze zur Überzeugungsbildung einsetzt²⁷⁵. Es mag richtig sein, dass in der Praxis eine strenge Trennung Schwierigkeiten bereitet. Trotzdem sollte das von der Rechtsprechung geforderte Kriterium eines typischen Geschehensablaufs, welches im Rahmen des mittelbaren Indizienbeweises nicht unbedingt gegeben sein muss, nicht vernachlässigt werden. Auch sind die von der Rechtsprechung anerkannten Fälle des Anscheinsbeweises beschränkt, so

²⁷³ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, Anh. § 286, Rn. 15

²⁷⁴ Baumgärtel, Rn. 281

²⁷⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 660 ff.

dass hier für eine zumindest theoretische Unterscheidung der beiden Beweisarten plädiert wird.

Entsprechend wird in der italienischen Literatur und Rechtsprechung das Verhältnis von Indizienbeweis und tatsächlicher Vermutung diskutiert. Eine Ansicht setzt beide gleich²⁷⁶. Für eine andere ist das Indiz die bekannte Tatsache, von der die Schlussfolgerung gezogen wird, während die Schlussfolgerung selbst die Vermutung ist²⁷⁷. Schließlich wird vertreten, dass beide nicht identisch sind, sondern der Indizienbeweis eine schwächere Schlussfolgerung als die Vermutung darstellt. Der Indizienbeweis betreffe Tatsachen des allgemeinen Lebens, während die tatsächliche Vermutung eine Schlussfolgerung von Tatsachen, die den Tatbestand ergänzen, darstelle²⁷⁸. Auch die Rechtsprechung ist diesbezüglich uneinig, da sie einerseits die beiden gleichsetzt, andererseits von einer Annäherung der beiden spricht²⁷⁹. Auch hier wird aufgrund der gesetzlichen Anforderungen an eine tatsächliche Vermutung (Art. 2727 c.c.) der Ansicht gefolgt, die eine Unterscheidung zwischen beiden vornimmt.

VIII. Ergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass im Bereich der Beweislastverteilung die gleichen Grundsätze und gleichartige Probleme in beiden Rechtsordnungen bestehen und diskutiert werden. Gesetzliche Vermutungen gibt es in beiden Ländern ohne Unterschied.

Schwieriger ist hingegen die Frage nach der Umkehr der Beweislast. Fasst man diese wie hier eng auf, so wird damit in Italien auch die Umkehr der konkreten Beweisführungslast bezeichnet. Damit werden Phänomene der Beweiswürdigung angesprochen, wie der Anscheinsbeweis oder die tatsächliche Vermutung, die von der Umkehr der Beweislast streng zu trennen sind. Beide sind in beiden Rechtsordnungen existent, allerdings mehr oder weniger stark ausgeprägt.

²⁷⁶ Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 2727 c.c., Anm. IV, Rn. 1

²⁷⁷ Scardaccione, S. 266; Fabbrini, Presunzioni, Digesto XIV, S. 291

²⁷⁸ Cordopatri, Presunzione, Teoria generale e diritto processuale civile, Enc. dir. XXXV, S. 296 f.; Comoglio, Le prove, Trattato Rescigno XIX, S. 319 f.

²⁷⁹ Comoglio, Le prove, Trattato Rescigno XIX, S. 319 f.

Die Rechtsprechung versucht in beiden Ländern sowohl Einfluss auf die Verteilung der Beweislast als auch auf die Beweiswürdigung zu nehmen, wobei wohl aus pragmatischen Gründen eine strikte Trennung dieser beiden Bereiche nicht erfolgt. Die italienische Rechtsprechung bedient sich dabei eher der Vermutung, während die deutsche Rechtsprechung den Anscheinsbeweis und die von ihr entwickelten Fälle der Beweislastumkehr anwendet.

TEIL 2 – DIE RICHTLINIE 93/13/EWG

I. Der Erlass der Richtlinie

Am 05.04.1993 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erlassen. Sie steht im Kontext einer europäischen Verbraucherpolitik von bislang und auch weiterhin zunehmender Bedeutung für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

Der Impuls für einen effektiven Verbraucherschutzes ging bereits seit den siebziger Jahren von der EG aus. Bis Anfang der neunziger Jahre hatte sie mehrere Maßnahmen erlassen, die anfangs rein konzeptioneller Natur waren und die späteren Maßnahmen politisch vorbereiteten²⁸⁰. In Umsetzung des hier relevanten „Dreijährigen verbraucherpolitischen Aktionsplanes (1990 bis 1992)“ der Kommission wurde im Rahmen des Schwerpunktes „Verbraucherrelevante Transaktionen“ am 24.07.1990 ein erster Vorschlag der Kommission für diese Richtlinie im Rahmen Verfahrens der Mitbestimmung vorgelegt²⁸¹. Nach diesem sollten alle Klauseln in Verbraucherverträgen einer Missbrauchskontrolle unterzogen werden, und zwar sowohl Allgemeine Geschäftsbedingungen als auch individuell ausgehandelten Klauseln. Die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel konnte aus vier alternativ zur Verfügung stehenden generalklauselartigen Kontrollmaßstäben resultieren (Art. 2). Missbräuchlich und damit verboten

²⁸⁰ 1975 verabschiedete der Rat ein „Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher“ und legte 1976 aufgrund dieses Programms einen ersten Entwurf einer Richtlinie über Standardklauseln in Verträgen mit Verbrauchern vor, welcher sich jedoch durch die Rechtsentwicklung in den Mitgliedsstaaten überholte. Im Zweiten Verbraucherprogramm von 1979 wurden die im ersten Programm festgeschriebenen Rechte des Verbrauchers auf Gesundheit, Sicherheit, Schutz der wirtschaftlichen Interessen, Schadensersatz, Bildung und Vertretung wiederholt und u. a. auch auf die Bereiche Industrie und Wettbewerb ausgedehnt. Nach mehreren Entschlüssen zum Verbraucherschutz wurden 1984 die Richtlinien über irreführende Werbung und Haustürgeschäfte und 1985 die Produkthaftungsrichtlinie nach endlosen Debatten verabschiedet. Es mag daran gelegen haben, dass bis dahin keine weiteren Richtlinien erlassen wurden, dass Art. 100 EWGV Einstimmigkeit im Ministerrat voraussetzte. Mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986 wurden mit Art. 100a und Art. 100b EWGV zwei neue Rechtsgrundlagen für Maßnahmen der Rechtsangleichung in den EWGV eingeführt, die aufgrund des Mehrheitsprinzips eine erhebliche Vereinfachung vorsahen. In den Folgejahren nahm die Anzahl der verabschiedeten Richtlinien zu.

1990 verabschiedete die Kommission den dreijährigen Aktionsplan für die EWG (1990 – 1992) zur Verbesserung der Verbraucherinformation und des Verbraucherschutzes, der durch weitere Aktionspläne in den Folgejahren (1993 – 1995, 1996 – 1998, 1999 - 2001) fortgeführt wurde bzw. noch wird. Im Rahmen des Schwerpunktgebietes verbraucherrelevanter Transaktionen des dreijährigen Aktionsplanes (1990 – 1992) wurden neben der hier untersuchten Richtlinie auch die Richtlinien über irreführende Werbung, Haustür- und Verbraucherkreditgeschäfte sowie Pauschalreisen verabschiedet. Zur Entwicklung der Verbraucherpolitik der EG vgl. v. Hippel, RabelsZ 45 (1981), 353 ff.; Dausen/Sturm, ZfRV 1996, 133 ff.; Schweizer/Hummer, Rn. 1599 ff.

bzw. rechtsungültig (Art. 3) waren Klauseln, die zu Lasten des Verbrauchers unter Berücksichtigung von Zeitpunkt und Begleitumständen des Vertragsschlusses ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten verursachten oder durch die Vertragserfüllung ungebührliche Nachteile mit sich brachten bzw. von den Erwartungen des Verbrauchers abwichen oder unvereinbar mit dem Gebot von Treu und Glauben oder im Anhang der Richtlinie aufgeführt waren (Art. 2). Eine Überprüfung auf Missbräuchlichkeit von Klauseln in Verbraucherverträgen sowie Verträgen über den Verkauf von Waren und Dienstleistungen sollte auf Veranlassung von Personen oder Organisationen mit Hilfe der Gerichte oder Verwaltungsbehörden erfolgen (Art.4). Entgegen der sonst üblichen Praxis wurde dieser erste Entwurf in den Mitgliedsstaaten auch in Fachzeitschriften veröffentlicht und kontrovers diskutiert²⁸².

In Deutschland stieß der Entwurf auf heftige Kritik. Das ausgefeilte und umfassende Konzept des in der Praxis bewährten AGBG lief Gefahr durch die Richtlinie zumindest teilweise Modifikationen erfahren zu müssen. Vor allem wurde die sachliche Anwendbarkeit der Richtlinie auf Individualvereinbarungen kritisiert. Die Einbeziehung von Individualvereinbarungen in den Schutzmechanismus der Richtlinie widerspreche dem Prinzip der Vertragsfreiheit sowie dem Willen beider Vertragspartner²⁸³ und störe die Marktmechanismen der Wirtschaft²⁸⁴. Auch die Beschränkung auf reine Verbraucherverträge wurde – wegen des umfassenden persönlichen Anwendungsbereichs des AGBG - mit einer daraus resultierenden Zweiteilung des Zivilrechts in ein Verbraucher- und ein Wirtschaftsrecht gleich einem sozialistischen System verurteilt. Eine dem AGBG entsprechende Regelung, die die Angemessenheit des Preis-/Leistungsverhältnisses aus der Inhaltskontrolle ausnimmt, wurde ebenfalls vermisst. Bei der Inhaltskontrolle wurden zum einen Bedenken bezüglich der Vertragserfüllung als Zeitpunkt der Kontrolle erhoben. Richtiger sei,

²⁸¹ ABIEG C 243/90, 2 ff. - Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. = ZIP 1991, 200 ff.

²⁸² Micklitz, ZEuP 1993, 522

²⁸³ Wagner-Wieduwilt, Die Bank 1990, 710, 711

²⁸⁴ Hommelhoff, AcP 192 (1992), 71, 91

wie in der ersten und letzten Alternative des Kontrollmaßstabes von Art. 2, nur auf den Vertragsabschluß abzustellen, da alle späteren Störungen dem Recht der Leistungsstörungen unterliegen. Zum anderen wurden die konkreten individuellen Begleitumstände im Falle der Kontrolle von AGB als unvereinbar mit den allgemeinen generellen Bewertungskriterien empfunden. Allein ein abstrakt genereller Kontrollmaßstab, wie ihn auch § 9 AGBG enthalte, könne Grundlage sein²⁸⁵. Merkwürdigerweise wurde der rein subjektive Kontrollmaßstab des Abweichens von der Erwartung des Verbrauchers nicht ausdrücklich kritisiert, obwohl ein klares Verbraucherleitbild in der EG nicht existiert²⁸⁶ und damit eine äußerst elastische Regelung geschaffen werden sollte. Daneben war Gegenstand der allgemeinen Kritik vor allem noch die mangelnde Bestimmbarkeit der Rechtsbegriffe sowie die Zufälligkeit der Auswahl der unzulässigen Klauseln sowie deren Inhalt²⁸⁷.

In Italien wurde dem Entwurf der Richtlinie weniger Beachtung als in Deutschland geschenkt²⁸⁸. Dies mag daran gelegen haben, dass das italienische Recht nur wenige und inhaltlich nicht so umfangreiche Regelungen wie das deutsche Recht beinhaltet, die einer Änderung unterworfen würden. Der Entwurf der Richtlinie wurde von der italienischen Literatur begrüßt, die schon seit dem Aufkommen der Verbraucherschutzdebatte in den siebziger Jahren aufgrund der Erfahrungen in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten einen stärkeren Schutz der schwächeren Vertragspartei forderte. Deshalb war auch die inhaltliche Kritik an der Richtlinie eher verhalten. Kritisiert wurde neben den

²⁸⁵ Brandner/Ulmer, BB 1991, 701 ff.

²⁸⁶ Hommelhoff, AcP 192 (1992), 71, 93

²⁸⁷ Zu allen Kritikpunkten Brandner/Ulmer, BB 1991, 701 ff.; kritisch zum Inhalt des Anhangs Wagner-Wieduwilt, Die Bank 1990, 710, 711 f., der die Punkte lit. b), c) und f) für die Praxis des Bankgewerbes sogar als verbraucherfeindlich einstuft, da für den Verbraucher seine Geschäftsbeziehung zur Bank nicht nachvollziehbar komplizierter würde, z.B. durch Änderungskündigungen bei jeweiligen Preisänderungen mangels einseitiger Anpassungsmöglichkeit (lit. b) oder Wegfall des Empfangsbekenntnisses für die Aushändigung von Unterlagen an den Kunden wegen Verstoß gegen die Beweislastumkehr (lit. f).

²⁸⁸ Alpa, Contratto e impresa 1991, 885, der bemerkt, dass in Italien dieser wichtige Vorstoß kaum erörtert worden sei. Einen Grund hierfür könnte Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 432 geben, der die völlige Interesselosigkeit Italiens an der Ausarbeitung der Richtlinie auf europäischer Ebene kritisiert. Italien habe trotz der Stimmen der Literatur hierzu keinen Beitrag geleistet, so dass die Richtlinie nun ein „deutscher Körper in einem französischen Kleid“ sei. Dieser Ausdruck stammt von Roppo (Rivista di diritto civile 1994, 277, 279 f.), der ebenfalls das mangelnde Interesse Italiens an der Arbeit der Rechtsangleichung innerhalb der EG kritisiert. Er führt dies nicht nur auf den mangelnden politischen Einfluss, sondern vor allem auf die Haltung Italiens zurück, das diese Arbeiten als zu unwichtig ansieht, um sich dort zu engagieren, und die deshalb von den anderen Mitgliedstaaten gemacht werden soll. Daher sei, obwohl Italien historisch das erste Land war, welches Regelungen zu AGB kodifizierte, die italienische Regelung einer formalen Kontrolle in der Richtlinie nicht einmal ansatzweise zu erkennen.

unbestimmten Rechtsbegriffen der Generalklausel, die unterschiedlichen Auslegungen Tür und Tor öffnen²⁸⁹, ebenfalls die willkürliche Auswahl der Klauseln im Anhang, die von den Parteien zu akzeptierende partielle Nichtigkeit des Vertrages sowie – mangels bestehender Organisationsstrukturen – die möglichen Kontrollmechanismen in Form einer Verbandsklage. Hauptkritikpunkt war vor allem die italienische Übersetzung der Richtlinie, die weder dem ursprünglichen französischen noch englischen Text entsprechende Rechtswörter benutzte²⁹⁰.

Gemäß den Bestimmungen des damals gültigen Art. 100 a Absatz 1 Satz 2 EWGV (nunmehr Art. 95 EGV) wurde zuerst der Wirtschafts- und Sozialausschuss angehört, bevor das Europäische Parlament am 20.11.1991 seine Stellungnahme hierzu abgab²⁹¹. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss äußerte Kritik insbesondere an der Tatsache, dass der Vorschlag Standardklauseln und individuell ausgehandelte Klauseln ohne Unterschied in die Missbrauchskontrolle einbezog. Er verlangte aufgrund der höheren Gefahr eines vertraglichen Ungleichgewichts bei Standardverträgen daher, dass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit die Begleitumstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einzubeziehen seien, wobei Individualklauseln besonderer Berücksichtigung unterliegen sollten²⁹². Neben der Forderung einer sorgfältigeren sprachlichen Überarbeitung²⁹³, einer Unklarheitenregel, der Möglichkeit mitgliedstaatlicher Regelungen auf einem höheren Schutzniveau, einer klaren Abgrenzung der Richtlinie zu anderen Rechtsvorschriften²⁹⁴ und der Forderung zu einer Verpflichtung der Lieferanten, den Verbraucher vor Vertragsabschluß über die Bedingungen in Kenntnis zu setzen²⁹⁵, äußerte der WSA Bedenken hinsichtlich Beweisproblemen bezüglich der Abgrenzung von Standardklauseln und individuell ausgehandelten Klauseln im Falle eines Rechtsstreits und schlug

²⁸⁹ Alpa, *Contratto e impresa* 1991, 885, 889, der von einer „elastischen und offenen“ Inhaltskontrolle spricht.

²⁹⁰ Im italienischen Text wurde in der Überschrift der englische („*unfair*“) bzw. französische („*abusive*“) Rechtsbegriff nicht mit „*vessatorie*“, sondern mit „*inique*“ übersetzt sowie in der Definition des Verbrauchers „*transactions*“ mit „*affari*“ statt mit „*negozi giuridici*“, vgl. Alpa, *Contratto e impresa* 1991, 885, 888.

²⁹¹ Stellungnahme des Europäischen Parlaments in ABIEG C 326/91, 108 ff. sowie C 21/93, 1 ff. und Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses in ABIEG C 159/91, 34 ff.

²⁹² ABIEG C 159/91, 34, 36.

²⁹³ ABIEG C 159/91, 34, 37.

²⁹⁴ ABIEG C 159/91, 34, 36 f.

²⁹⁵ ABIEG C 159/91, 34, 36.

daher vor, dass in einem Zweifelsfalle eine Vertragsklausel immer als Standardklausel anzusehen sei²⁹⁶.

Die Kritik des Europäischen Parlaments ging noch weiter. Zusammengefasst in einem geänderten Richtlinienvorschlag²⁹⁷ sollte die Richtlinie nunmehr nicht mehr auf im Einzelnen ausgehandelte Klauseln anwendbar sein (Art. 1 a Absatz 1) sowie von den Gebieten des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie internationaler Gesetzgebungsinstrumente ausgeschlossen sein. Neben der Wiederholung der Forderungen des WSA bzgl. einer Unklarheitenregel sowie der Möglichkeit strengerer nationaler Vorschriften billigte das Europäische Parlament dem Klauselanhang nur noch Hinweischarakter zu und forderte zur Überwachung und Durchführung der Richtlinie einen Ombudsmann, der u. a. Streitfälle über missbräuchliche Klauseln gütlich beizulegen hatte. Auch die von der Kommission vorgeschlagenen, sehr unbestimmten Kriterien für eine Missbrauchskontrolle wurden konkretisiert²⁹⁸.

Die Kommission erließ daraufhin unter teilweiser Aufnahme der geäußerten Kritik am 05.03.1992 einen geänderten Vorschlag für eine Richtlinie²⁹⁹. Dieser sah nun in Art. 3 eine Missbrauchskontrolle für nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln vor und in Art. 4 eine abgeschwächte Form einer Inhaltskontrolle für alle Vertragsklauseln, auch einzeln ausgehandelte. Dieser Dualismus wurde durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 22.09.1992³⁰⁰ aufgehoben. Geringfügig abgeändert wurde der Text des Gemeinsamen Standpunktes als Richtlinie verabschiedet. Kontrollmaßstab wird nunmehr die Verletzung von Treu und Glauben. Auch der Verbotscharakter der Klauselliste im Anhang wird auf den bestehenden Hinweischarakter reduziert.

Vor allem die deutschen Kritiker hatten sich damit weitgehend durchgesetzt. Die Richtlinie trägt weitgehend Züge des deutschen AGBG: die Generalklausel in Art. 3 sowie die Klauselliste im Anhang, die

²⁹⁶ ABIEG C 159/91, 34, 36

²⁹⁷ ABIEG C 326/91, 108 ff.

²⁹⁸ Das Kriterium der Unangemessenheit, welches heute in Art. 3 Absatz 1 zu finden ist, geht auf die Änderungen des Europäischen Parlaments zurück. Zu den Änderungen in einzelnen ABIEG C326/91, 108 ff

²⁹⁹ ABIEG C 73/92, 7 ff.

³⁰⁰ ABIEG C 283/92, 1 ff.; ZIP 1992, 1591 ff.

Inhaltskontrolle anhand des Prinzips von Treu und Glauben sowie die verfahrensrechtlichen Kontrollmöglichkeiten durch Individual- oder Verbandsverfahren. Die dem deutschen AGBG unbekannten Begriffe des Verbrauchers, Gewerbetreibenden sowie der missbräuchlichen Klauseln wurden dem französischen Verbraucherrecht entliehen, welches – ebenfalls anders als das AGBG – zwischen Verbraucher- und Handelsrecht unterscheidet.

Nach zustimmenden Beschluss des Europäischen Parlaments am 16.12.1992 wurde die Richtlinie dann unverändert am 05.04.1993 vom Rat erlassen³⁰¹.

II. Das Ziel der Richtlinie

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie gibt als ihren Zweck die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern an. Ein Teil des Wortlautes des damals gültigen Art. 100a E(W)GV wird in angepasster Form lediglich wiederholt. Damit ist zwar vordergründig das wesentliche Ziel, die Rechtsharmonisierung, beschrieben, jedoch nicht die weitere Intention des Gesetzgebers, die dahinter steht.

Aus den Vorerwägungen ist zu entnehmen, dass Ziel der Richtlinie einerseits die Beseitigung von Wettbewerbsnachteilen im Binnenmarkt ist, andererseits der Schutz des schwächeren Vertragspartners aufgrund seiner wirtschaftlich unterlegenen Position. Durch die Beseitigung der Rechtsunterschiede in den Mitgliedstaaten soll dem Verbraucher somit ein größeres Angebot eröffnet und zwischen den Gewerbetreibenden der Wettbewerb gefördert und ihre Verkaufstätigkeit im Binnenmarkt erleichtert werden. Dies geht eindeutig aus den Erwägungsgründen Nr. 2, 5, 7 und 9 der Richtlinie hervor. Die Richtlinie versucht damit scheinbar zwei in der Regel diametral gegenüberstehenden Interessen von Verbrauchern und Händlern Rechnung zu tragen. Dies mutet merkwürdig an. Vereinfacht dargestellt: Nach dem in marktwirtschaftlich verfassten Ländern herrschenden Wettbewerbsmodell ist allein der Markt der

³⁰¹ ABIEG L 95/93, 29 ff.

Regelungsmechanismus von wirtschaftlichen Interaktionen. Dadurch entsteht Angebot und Nachfrage und damit auch Wettbewerb. Verbraucherschutz (mit der Betonung auf Schutz) gibt es in der Form nicht, da alle Individuen ihre Interessen am Markt eigennützig verfolgen. Das Modell geht somit von einem aufgeklärten Verbraucher aus. Der Markt reguliert sich von selbst. Dies spiegelt sich rechtlich im Prinzip der Vertragsfreiheit wieder. Der Staat darf nur systemkonform und zurückhaltend in den Markt eingreifen. Er kann den Verbraucher durch Verbraucherinformation in seiner Position stärken und Wettbewerbsbeschränkungen auf Anbieterseite erlassen, um den Marktmechanismus zu erhalten. Erlässt der Staat jedoch zum Schutze des Verbrauchers Gesetze, greift er reglementierend in den Marktmechanismus ein und stört den Wettbewerb.

Der Dualismus von Wettbewerbsverbesserung einerseits und Verbraucherschutz andererseits entpuppt sich daher bei genauerer Untersuchung als Schein³⁰². Durch die Regelungen der Richtlinie wird reglementierend in den Markt eingegriffen. Die Überschrift und der Inhalt der Richtlinie sprechen allein für das Ziel des Verbraucherschutzes³⁰³, auch wenn, was unwahrscheinlich ist, eine Wettbewerbsförderung auf dem europäischen Markt als Nebenprodukt abfallen sollte. Bis auf die Erwägungsgründe 1., 2. und 7., die den Wettbewerb und die Anbieterseite zum Gegenstand haben, beziehen sich alle übrigen auf den Schutz des Verbrauchers aufgrund seiner unterlegenen Position. Auch das Kernstück der Richtlinie, die Missbrauchskontrolle in Art. 3, schützt allein den Verbraucher, da eine für den Gewerbetreibenden nachteilige Klausel nicht als missbräuchlich anzusehen ist. Die Richtlinie verwirklicht darüber hinaus einen kleinen Teilaspekt der in den Verbraucherpolitischen Programmen der EG von 1975 und 1981 anvisierten Ziele.

Das Abstellen der Richtlinie sowohl auf Wettbewerb als auch Verbraucherschutz ist nur damit zu erklären, dass mangels Alternative zum

³⁰² Bereits der WSA bezog sich in seinen „Allgemeinen Bemerkungen“ zu Ziel und Reichweite der Richtlinie nur auf den Schutz des Verbrauchers als wirtschaftlich schwächere Partei, vgl. ABIEG 159/91, 34, 35

³⁰³ Vgl. Art. 3 Absatz 1 (Missbräuchlichkeit von Klauseln nur bei Benachteiligung des Verbrauchers), Art. 5 (Für den Verbraucher günstigste Auslegung), Art. 6 (Missbräuchliche Klauseln sind für den Verbraucher unwirksam).

Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie diese auf Art. 100a E(W)GV beruht³⁰⁴. Die auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsakte dienen dem in Art. 7a EGV a. F. aufgezählten Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes. Der Anwendungsbereich von Art. 100a E(W)GV ist zwar sehr weit, so dass in der Praxis außer den in Absatz 2 ausgenommenen Bereichen alle Maßnahmen der Rechtsangleichung zur Integration der Volkswirtschaften in einem Binnenmarkt auf Art. 100 a E(W)GV gestützt werden³⁰⁵. Damit gilt diese neben einer Harmonisierung der nationalen Vorschriften vornehmlich im Bereich des freien Warenverkehrs zur Beseitigung noch existierender Hindernisse und einer Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen³⁰⁶. Ob Maßnahmen des Verbraucherschutzes auf Art. 100a E(W)GV gestützt werden können, war zwar nicht unumstritten. Aufgrund Art. 100a Absatz 3 E(W)GV kam man zu der Ansicht, dass Verbraucherschutzmaßnahmen für das Funktionieren des Binnenmarktes relevant sein können³⁰⁷. Damit wich man mehr und mehr von der eigentlichen theoretischen Konzeption ab. Danach konnte der Verbraucherschutz alleine auf der Grundlage von Art. 100a E(W)GV nicht Ziel einer Maßnahme zur Harmonisierung des Wirtschaftsraumes sein. Es fand dann eine theoretische Angleichung an die bestehende Praxis statt, so dass binnenmarktbezogene Maßnahmen im weitesten Sinne von der EG nach Art. 100a E(W)GV erlassen werden konnten³⁰⁸.

Zumindest der Anschein der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen zur Verwirklichung eines anbieterorientierten Binnenmarktes sollte damit wohl durch das in den Erwägungsgründen genannte Ziel gewahrt werden, auch wenn die Richtlinie eine reine Maßnahme zum Verbraucherschutz ist³⁰⁹.

³⁰⁴ Mit dem Vertrag von Maastricht wurde für den Verbraucherschutz Art. 129a EGV eingeführt. Für Maßnahmen des Verbraucherschutzes eröffnet er zum einen nach wie vor den Weg über Art. 100a E(W)GV (Art. 129a Absatz 1 lit. a EGV), zum anderen geht man davon aus, dass es sich bei Art. 129a Absatz 1 lit. b EGV um eine eigenständige Kompetenznorm handelt; vgl. Schweitzer/Hummer, Rn. 1597

³⁰⁵ Dausen/Sturm, ZfRV 1996, 133, 134; Tonner, JZ 1996, 533, 538

³⁰⁶ Grabitz/Hilf/Langeheine, EGV, Art. 100a EGV, Rn. 20

³⁰⁷ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 9

³⁰⁸ Dies widerspricht auch nicht der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Alsthom Atlantique* ./ Sulzer (Slg. 1991, I - 107). Dieses Urteil bezog sich nicht auf die Zulässigkeit verbraucherpolitischer Maßnahmen gemäß Art. 100a E(W)GV, sondern ob eine Ausfuhrbeschränkung (Art. 34 EGV) vorliegt aufgrund einer französischen Regelung, die im gewerblichen Bereich keine Haftungsfreizeichnung für verborgene Mängel ermöglicht.

³⁰⁹ Hierfür spricht auch, dass die Konzeption der Richtlinie neben dem AGBG vor allem in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich dem französischen Verbraucherrecht, speziell den gesetzlichen Regelungen

III. Die Richtlinie als Bestandteil europäisierten (Verbraucherschutz)Rechts

Die Richtlinie ist im Kontext mit bereits früher erlassenen Richtlinien zum Verbraucherschutz bzw. Verbraucherrecht zu sehen³¹⁰. Unabhängig von der streitigen Einstufung des Verbraucherrechts als eigenständiges Rechtsgebiet³¹¹, hat das Verbraucherrecht hauptsächlich seine Wurzeln in den zivilrechtlichen Normen der Mitgliedstaaten. Durch die vielen von der EG erlassenen Richtlinien, die in nationales Recht umzusetzen waren, wurde die Rechtsharmonisierung auf diesem Gebiet besonders weit vorangetrieben. Ohne Zweifel greift das öffentliche Recht, zu dem das Europarecht unstreitig gezählt wird, damit in den einzelnen Mitgliedstaaten in den ureigensten Bereich der Mitgliedstaaten, das Zivilrecht ein³¹². Dies gilt insbesondere für die Richtlinie 93/13/EWG. Auch wenn diese wie die anderen Richtlinien nur einen kleinen Teilaspekt des Zivilrechts regelt, greift sie doch umfassender als die anderen Richtlinien in die bestehenden allgemeinen Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein³¹³. Während die zuvor erlassenen Richtlinien nur peripher das Zivilrecht streiften, betrifft die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln den zentralen Punkt des Zivilrechts, die Vertragsfreiheit³¹⁴. Die Vertragsfreiheit wird jedoch im Ergebnis respektiert, da die Richtlinie Individualverträge und Hauptleistungspflichten des Vertrages aus ihrem Anwendungsbereich

über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Unternehmern und Nichtunternehmern bzw. Verbrauchern entnommen ist, welches allein den Schutz des Verbrauchers zum Ziel hat.

³¹⁰ U. a. Haustürwiderrufsrichtlinie, Verbraucherkreditrichtlinie, Pauschalreiserrichtlinie, um nur einige zu benennen, die dem gleichen Ziel, einem effektiven Verbraucherschutz dienen; vgl. von Hippel, RabelsZ 41(1977), 237, 242

³¹¹ Dieser Ansicht ist Tonner, JZ 1996, 533, 534; a. A. Gärtner, BB 1995, 1753 ff., der Verbraucherrecht als Teil des allgemeinen Zivilrechts ansieht und Sonderprivatrechte für den gewerblichen Bereich abgrenzt.

³¹² Die nationalen Zivilrechtsordnungen sind in der Regel - neben anderen - die ältesten Rechtsordnungen eines Staates. Das BGB ist 1900 in Kraft getreten, also lange vor Entstehung der heutigen Bundesrepublik. Die gleiche Beobachtung ist für Italien zutreffend. Der *Codice civile* von 1865 wurde zwar von dem von 1942 ersetzt, aber auch dessen Wurzel reichen zum ersten zurück. Hingegen sind die öffentlich-rechtlichen Normen in beiden Staaten sehr viel jünger, ganz zu schweigen von denen der EG.

Micklitz, S. 1 ff., weist auf den immer stärker werdenden Einfluss des Europarechts auf das nationale Recht, insbesondere Wirtschaftsrecht hin. Müller-Graff, NJW 1993, 13 ff. nennt dieses „europäisierte“ Privatrecht Gemeinschaftsprivatrecht, welches einerseits Integrationsmittel für die Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts ist, andererseits auch dadurch selbst immer mehr zum Integrationsgegenstand wird.

³¹³ Micklitz, S. 1, 3, unter Hinweis auf Deutschland und Großbritannien. Dem *common law* System ist eine Missbrauchskontrolle nach Treu und Glauben völlig fremd. In Deutschland hat sich aufgrund des AGBG hinsichtlich der Überprüfung von AGBG, aber auch von Individualklauseln nach zivilrechtlichen Grundsätzen ein ausgeprägtes Rechtsgebiet mit einer umfangreichen Rechtsprechung existiert, welches durch die RL Änderungen erfahren muss. Auch in den anderen Ländern, wie z.B. Italien und Frankreich müssen Anpassungen des Zivilrechts oder zivilrechtlicher Sondergesetze insbesondere durch im Hinblick auf das grundlegende Gebot von Treu und Glauben vorgenommen werden.

³¹⁴ In Italien erachtet man das Verbrauchervertragsrecht als eine neue Kategorie von Verträgen, welche sich auf das bisherige Vertragsrecht auswirkt, so Alpa, European Law Review 1997, 181. Deshalb hat man sich auch in Italien für die Schaffung eines neuen Kapitels im IV. Buch (Obligationenrecht) entschlossen. Aufgrund des eigenständigen und modifizierten AGBG in Deutschland ist der direkte Einfluss des Verbraucherrechts auf das Vertragsrecht des BGB nur schwer zu erkennen.

ausnimmt³¹⁵. Es bleibt daher abzuwarten, ob die „Europäisierung“ des Verbraucherrechts der Beginn einer Entwicklung zu einem europäisierten Zivilgesetzbuch ist.

Mit weiteren Maßnahmen auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes ist jedoch aufgrund der heutigen Position des Verbraucherschutzes als eigenständige sektorielle Politik (Art. 153 EGV)³¹⁶ fest zu rechnen. Trotzdem darf der Erlass von Richtlinien durch die EG nicht darüber hinwegtäuschen, dass die primäre Verantwortung für den Verbraucherschutz aufgrund des Subsidiaritätsprinzips nach wie vor bei den Mitgliedsstaaten liegt³¹⁷. Dies ist eindeutig auch aufgrund des Wortlautes des Art. 153 Absatz 3 EGV, der vorsieht, dass die EG lediglich einen „Beitrag“ zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet³¹⁸. Die Gemeinschaft ist nun aufgefordert, tätig zu werden und zu handeln, damit das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus nicht nur geschaffen, sondern auch gewährleistet wird. Es ist daher davon auszugehen, dass in Zukunft verstärkt von Seiten der EG Richtlinien zum Verbraucherschutz erlassen werden, um den geforderten Beitrag in Ergänzung der Politiken der Mitgliedstaaten zu erfüllen³¹⁹. Die Richtlinie 93/13/EWG stand damit zusammen mit anderen Richtlinien auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes am Beginn einer auch inhaltlichen Weiterorientierung der Gemeinschaft von einem anbieterorientierten Wirtschaftsraum hin zu einem Europa der Bürger.

³¹⁵ Heinrichs, NJW 1993, 1817

³¹⁶ Der Verbraucherschutz wurde erst mit dem Vertrag von Maastricht (unterzeichnet am 07.02.1992, in Kraft getreten am 1.11.1993) in den EGV als sektorielle Politik (Art. 129 a EGV) bzw. als Ziel (Art. 3 s EGV) eingeführt. Vorher fand der Verbraucherschutz vornehmlich nur im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes (Rechtsharmonisierung nach Art. 100 a EWGV) sowie in der Cassis-Formel Berücksichtigung. Aufgrund der Reformierung des EGV durch den Vertrag von Amsterdam vom 02.11.1997 wurde mit seinem Inkrafttreten am 01.05.1999 Art. 129a EGV mitsamt Ergänzungen zu Art. 153 EGV. Durch Art. 153 EGV wird die Verbraucherpolitik nochmals aufgewertet, da sie nun kein Annex der anderen Politiken mehr darstellt, sondern ein eigenständiger Bestandteil der Gemeinschaftspolitik ist. Vgl. Dausen/Sturm, ZfRv 1996, 133, 134 f.

³¹⁷ Schweitzer/Hummer, Rn. 1597; Micklitz/Reich, EuZW 1992, 593; EG-Vertrag/Grub, Art. 153 EGV, Rn. 6, 29
³¹⁸ EG-Vertrag/Grub, Art. 153, Rn. 6, 29; Micklitz, Reich, EuZW 1992, 593, 598

³¹⁹ Auch wenn kritische Stimmen der Verbraucherpolitik nur deklaratorischen Charakter einräumen und sie mit der Umwelt- und Gesundheitspolitik vergleichen, vgl. EG-Vertrag/Grub, Art. 153 EGV, Rn. 25, ist angesichts der bereits erlassenen als auch noch zu verabschiedenden Richtlinien ein entsprechendes Schicksal wohl nicht zu erwarten.

IV. Der Inhalt der Richtlinie

An dieser Stelle soll nur allgemein auf den Inhalt der Richtlinie eingegangen werden, bevor unter Ziffer V. speziell die Beweislastregelungen untersucht werden.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Die aus elf Artikeln und einem Klauselanhang bestehende Richtlinie wurde von Anfang an bewusst nur auf Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden beschränkt. Zum einen entspricht das der Zielsetzung der verbraucherpolitischen Programme der EG. Zum anderen war ein darüber hinausgehender Konsens der Mitgliedstaaten für Verträge auch zwischen Gewerbetreibenden bzw. zwischen Verbrauchern nicht zu erwarten gewesen³²⁰. Gleichwohl fand die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches Kritik, da sich auch kleine Einzelhändler gegenüber Herstellern oder Großhändlern gleich dem Verbraucher in einer unterlegenen Stellung befinden können, die Richtlinie hier aber keinen Schutz gewährt. Hiergegen wurde jedoch eingewandt, dass ein Unternehmer besser mit dem Geschäftsgebaren vertraut sei als der Verbraucher und bei seinen auf Gewinn abzielenden Unternehmungen mehr Vorsicht walten lasse³²¹.

Die Richtlinie definiert den Vertrag zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern nicht, noch enthält sie Angaben über den Abschluss des Vertrages. Dieses Konzept des Verbrauchervertrages ist dem französischen Verbraucherrecht entnommen. Es besteht eine Parallele zu dem ursprünglichen französischen Gesetz Nr. 78-23 vom 10.01.1978 zum Schutze des Verbrauchers vor missbräuchlichen Klauseln („*clauses abusives*“), welches nun in Art. L 132 –1 bis Art. L 143-1 des neuen *Code de la consommation* von 1993 enthalten ist. Nach der in Art. 132-1

³²⁰ Remien, ZEuP 1994, 34, 38, der auch darauf hinweist, dass der WSA die Kommission aufforderte, eine entsprechende Maßnahme für alle Verträge unter besonderer Berücksichtigung der kleineren und mittleren Unternehmen zu erlassen (vgl. Ziffer 2.3.3., ABIEG 159/91, 34, 36). Zu einer derartigen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie ist es jedoch nie – nicht einmal ansatzweise - gekommen. Patti, *Contratto e impresa*, 1993, 71, 72 führt zu diesem Punkt aus, dass die Beschränkung auf Verbraucherverträge das Ergebnis des erheblichen Drucks der Industrie war, die in Bezug auf die Verträge mit ihren Händlern keinen Beschränkungen unterliegen wollte.

³²¹ Scalfi, *Responsabilità civile e previdenza* 1993, 435, 438

enthaltenen Generalklausel sind Klauseln in Verträgen zwischen „*professionnels*“ und „*non professionnels*“ oder „*consommateurs*“ missbräuchlich („*abusives*“), wenn sie durch Missbrauch wirtschaftlicher Macht dem Verbraucher durch eine andere Partei aufgezwungen sind und dem „*professionnel*“ einen übermäßigen Vorteil verschaffen. Die verwendeten Begriffe „*consommateur*“ und „*professionnel*“ sind mit denen der französischen Fassung der Richtlinie identisch. Diese Begriffe definiert das französische Gesetz jedoch nicht. Die Richtlinie hat diese Konzeption und die Begriffe übernommen und definiert sie in Art. 2 lit. b und c der Richtlinie.

Der Verbraucherbegriff ist bereits mehrfach sowohl in Art. 3 s EGV und Art. 129 a EGV a.F. als auch in anderen verbraucherrechtlichen Richtlinien aufgetreten. Es handelt sich um einen EG-rechtlichen Begriff, der nach dem Verständnis des EuGH eng auszulegen ist³²². Er impliziert die unterlegene Stellung des Verbrauchers bzw. das Machtgefälle zum Gewerbetreibenden kraft professioneller Überlegenheit oder besonderer Absatzenergie³²³. Verbraucher ist daher immer eine natürliche Person, die als Endverbraucher fungiert, somit Waren oder Dienstleistungen zu privaten Zwecken benötigt³²⁴. Juristische Personen, die in der Regel unter die Gewerbetreibenden fallen, sind vollkommen von der Verbrauchereigenschaft ausgenommen, auch wenn sie konkret in einer fremden Branche als Verbraucher auftreten können³²⁵. Dies gilt in der Regel auch für Personengesellschaften, die als natürliche Personen angesehen werden, die nicht zu privaten Zwecken handeln³²⁶. Bei natürlichen Personen kommt es auf die hervortretende Zweckrichtung für privaten oder beruflichen Nutzen an. Dieser Abgrenzung wird im Prinzip allgemein

³²² Vgl. Rspr. des EuGH zu Benincasa/Dentalkit, Slg. 1997, I – 3767, Rn. 11

³²³ Reichert-Facilides, S. 2

³²⁴ Reichert-Facilides, S. 1 f.

³²⁵ In Italien (Art. 1469-bis Abs. 2 c. c.) und in Deutschland (§ 24 a AGBG) wurde der Verbraucherbegriff entsprechend dem Wortlaut der Richtlinie (Art. 2 lit. b) umgesetzt. Anders in Frankreich, welches bislang und auch nach Umsetzung der Richtlinie aufgrund von Art. 8 auch weiterhin von einem weiteren Verbraucherbegriff ausgeht und auch Geschäfte von Gewerbetreibenden dem Verbraucherschutz unterstellt, solange kein *rapport direct* zu dem Geschäft des Gewerbetreibenden besteht und der Gewerbetreibende seinem Vertragspartner mangels spezieller Kenntnisse gleich einem Verbraucher gegenübersteht (*critère de l'incompétence*). Vgl. Giampieri, *Rivista di diritto civile* 1995, II – 551, 562 zum italienischen Recht; Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 2, Rn. 10 zum deutschen Recht und Berger-Walliser, *RIW* 1996, 459, 461 zum französischen Recht.

³²⁶ Z.B. handeln bei einer BGB-Gesellschaft die Gesellschafter als natürliche Personen, jedoch immer zum Zwecke der Gesellschaft, also „gewerbsmäßig“.

zugestimmt. Als problematisch wird jedoch die Bestimmung erachtet, wo die Grenze zwischen privatem und beruflichem Nutzen zu ziehen ist.

Mit dem Begriff „Gewerbetreibender“³²⁷ knüpft die Richtlinie an eine Tätigkeit an, die auf Dauer angelegt ist, da man nur in diesen Fällen von einer Überlegenheit des Gewerbetreibenden gegenüber dem Verbraucher ausgehen kann, die daraus resultiert, dass dem Gewerbetreibenden feste geschäftliche Strukturen zur Verfügung stehen³²⁸. Diese Tätigkeit muss in einem objektiven gewerblichen oder beruflichen Zusammenhang stehen. Die Formulierung der Definition „im Rahmen“ deutet auf einen weiten Zusammenhang hin. Eingeschlossen sind damit auch Freiberufler und Landwirte sowie – trotz Kritik – kleinere und mittlere Unternehmen. Hingegen sind Tätigkeiten von natürlichen Personen, die zwar der Gewinnerzielung dienen, jedoch nicht planmäßig auf Dauer angelegt sind, keine Tätigkeiten eines Gewerbetreibenden bzw. im Rahmen eines Berufes. Natürliche Personen, die bei Vertragsabschluß sozusagen nebenher tätig sind, unterliegen vielmehr dem Schutz der Richtlinie als Verbraucher³²⁹.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Während durch die Definitionen in Art. 2 der persönliche Anwendungsbereich genauer bestimmt werden kann, muss der sachliche Anwendungsbereich anhand der Angaben in Art. 3 mittels Auslegung ermittelt werden. Für eine europäisch-autonome Auslegung der Tatbestandsmerkmale sind die Wertmaßstäbe des Gemeinschaftsrechts sowie allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam zugrunde liegende Prinzipien heranzuziehen, anstatt nur Grundsätze des nationalen

³²⁷ Die deutsche Übersetzung des französischen Begriffs „*professionnel*“ mit Gewerbetreibender ist nicht unbedingt glücklich gewählt, da im deutschen Recht die Gewerbeordnung diesen Begriff verwendet, der somit eine bestimmte Bedeutung hat, die gegenüber dem Begriff „*professionnel*“ erheblich eingeschränkt ist. Die nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie ebenfalls eingeschlossenen Freiberufler, Landwirte und auch Kaufleute fallen, fasst man den Begriff „Gewerbetreibender“ nach dem deutschen Recht auf, nicht darunter. Der nun in § 24 a AGBG verwendete Begriff Unternehmer wird dem Begriff des „*professionnel*“ besser gerecht. Allerdings gibt die Richtlinie in ihrer Definition in Art. 2 lit. c keinen Hinweis, ob die im Unternehmerbegriff implizierte Selbständigkeit Voraussetzung ist, oder auch unselbständig tätige Personen unter den Begriff fallen. Mangels Abgrenzung fallen wohl beide unter den Begriff. Noch besser ist daher die italienische Übersetzung mit *professionista* (Berufsausübender). Jedoch ist immer zu beachten, dass, egal welcher Begriff nun verwendet wird, dieser stets europäisch-autonom ausgelegt werden muss.

³²⁸ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 2, Rn. 16

³²⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2 RiLi, Rn. 7, der als Beispiele Kapitalanlagen oder gelegentliche Vermietung von Immobilien anführt.

Rechts zu verwenden³³⁰. Denn bei einer Auslegung anhand nationaler Grundsätze würde es zu unterschiedlicher Rechtsanwendung kommen und das Gemeinschaftsrecht wäre seines *effet utile* beraubt³³¹.

Die für die Überprüfung der Missbräuchlichkeit maßgebende Generalklausel in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt mittelbar auch den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie: „Eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, ...“. Gegenstand der Überprüfung ist somit lediglich jeweils eine einzelne Vertragsklausel. Diese Formulierung der Richtlinie entspricht jedoch der Praxis, da in der Regel nur eine Klausel zwischen den Parteien streitig ist. Zum anderen wird durch die Bestimmung in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie der übrige Vertrag bei der Bewertung der streitigen Klausel nicht außer acht gelassen, so dass die Beschränkung der Generalklausel auf eine Vertragsklausel keine isolierte Betrachtung und damit eine Missachtung des regelmäßig bestehenden Vertragsgefüges zur Folge hat.

Das den sachlichen Anwendungsbereich bestimmende negativ gefasste Tatbestandsmerkmal des Art. 3 Abs. 1 „nicht im einzelnen ausgehandelt“ wird zwar sowohl durch Art. 3 Abs. 2 als auch durch die Beispiele im Anhang (Art. 3 Abs. 3) näher erläutert, jedoch bedürfen auch die dort enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe der Auslegung.

Während wie vorstehend beschrieben, die Richtlinie ursprünglich, wie im französischen Recht, für alle Klauseln, egal ob AGB oder Individualvereinbarung, gelten sollte, einigte man sich aufgrund deutscher Kritik auf den Anwendungsbereich der „nicht im einzelnen ausgehandelten Klauseln“. Im Umkehrschluss geht man deshalb davon aus, dass aus dem sachlichen Anwendungsbereich nur die im Einzelnen zwischen Verbraucher und Gewerbetreibenden ausgehandelten Klauseln herausgenommen worden

³³⁰ Zur europarechtlichen Auslegung der RL vgl. Nasasll, JZ 1995, 689, 692. Die Mitgliedstaaten verfallen bei der Auslegung der RL jedoch gerade in diesen Fehler, die Begriffe der RL mit Hilfe eines Vergleichs zum nationalen Recht zu interpretieren. So Troiano, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, S. 598 ff., der das Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ durch eine Gegenüberstellung zum italienischen Recht (Art. 1341 f. c.c.) und somit mit diesem, nämlich dem dort verwendeten Tatbestandsmerkmal der „*predisposizione unilaterale*“ definiert. Ebenso der Ansatz von Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 21, die die für § 1 Abs. 2 AGBG geltenden Maßstäbe auch für die autonome Auslegung heranziehen wollen.

³³¹ Ahlt, S. 39

sind, die Richtlinie im Übrigen auf alle anderen Klauseln anwendbar ist³³². Welche Klauseln hierunter fallen, bestimmt die Richtlinie konkret nicht. Sie führt nur in Art. 3 Absatz 2 Satz 3 die Standardvertragsklausel und in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 den Standardvertrag bzw. im italienischem Text den *contratto di adesione* an, ohne diese Begriffe zu definieren (s. u.).

a) Individuell ausgehandelte Klauseln

Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 gilt eine Klausel als immer dann nicht im Einzelnen ausgehandelt, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte. Ausgeschlossen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie sind damit positiv die im Einzelnen zwischen den Parteien tatsächlich ausgehandelten Klauseln, die weder vorformuliert wurden, und bei denen der Verbraucher seinen Einfluss geltend machen konnte.

Ferner sind nach dem Verständnis des Wortlauts von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 ebenfalls diejenigen vorformulierten Klauseln ausgeschlossen, die vom Gewerbetreibenden zur Disposition gestellt wurden, so dass der Verbraucher Einfluss nehmen konnte. Der Wortlaut „nehmen konnte“ weist darauf hin, dass nur eine reale Einflussmöglichkeit bestanden haben musste. Nicht erforderlich hingegen ist danach, dass tatsächlich Einfluss durch Änderung des Vertrages genommen wurde³³³. Mit anderen Worten, würden, wenn man von dieser Auslegung ausgehen würde, nur solche Klauseln in den Anwendungsbereich fallen, bei denen sozusagen der Grundsatz „*take it or leave it*“ gilt.

Der Wortlaut der Richtlinie spricht für diese Ansicht, da er lediglich von Einfluss und nicht von Einflussnahmemöglichkeit spricht. Deshalb ist im Umkehrschluss davon auszugehen, dass bei einer realen

³³² Remien, ZEuP 1994, 34,48

³³³ Diese Auffassung vertreten Eckert, WM 1993, 1070, 1073 und Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 21, die beide bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „keinen Einfluss nehmen konnte“ jeweils von dem Verständnis des deutschen § 1 Abs. 2 AGBG ausgehen. Nach dem Verständnis der deutschen Rechtsprechung gelten Vertragsklauseln dann als „im einzelnen ausgehandelt“, wenn der Verwender sie ernsthaft zur Disposition gestellt hat (vgl. hierzu Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 50). Abgesehen davon, dass das deutsche Recht das Tatbestandsmerkmal positiv und nicht wie die Richtlinie negativ formuliert, und bereits aus dieser Abweichung ein Vergleich nicht möglich ist, kann grundsätzlich auch die europäisch – autonome Auslegung nicht mit der spezifisch deutschen Auslegung eines deutschen Gesetzes übereinstimmen.

Einflussnahmemöglichkeit des Verbrauchers Art. 3 Abs. 2 Satz 1 nicht mehr eingreift. Dies setzt jedoch voraus, dass der Gewerbetreibende seine Klausel zur Disposition gestellt hat, um über sie mit dem Verbraucher zu verhandeln. Dieses Ergebnis würde auch im Einklang mit den bei der Auslegung zu beachtenden Grundsätzen der EG von einem mündigen Verbraucher, dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sowie dem Auslegungskriterium einer Störung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit, welche bei einer Einflussmöglichkeit gerade nicht besteht, stehen.

Auch das nachfolgend noch eingehend untersuchte Tatbestandsmerkmal „im voraus abgefasst“ (Art. 3 Abs. 2 Satz 1) bestärkt die restriktive Tendenz, da diese beiden Tatbestandsmerkmale in Abs. 2 Satz nicht nur nebeneinander stehen, sondern auch kausal durch das Wort „deshalb“ bzw. im Italienischen „*di conseguenza*“, verbunden sind. Die Vorformulierung an sich schließt grundsätzlich nicht aus, dass die Parteien kurz vor oder bei Vertragsschluss die vorformulierten Klauseln ganz oder teilweise erörtern und abändern, sofern der Gewerbetreibende diese Klauseln zur Disposition stellt. Durch die kausale Verbindung von „im voraus abgefasst“ und „keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte“ wird jedoch gerade diese Möglichkeit für den Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen, da nach dem Verständnis des Wortlautes gerade aufgrund der Vorformulierung kein Abweichen erwünscht ist (*take it or leave it*).

Es ist aber sehr fraglich, ob eine solche Auslegung der verbraucherschutzrechtlichen Intention des europäischen Gesetzgebers entspricht, zumal sich in Bezug auf die prozessrechtliche Darlegungs- und Beweislast für den Verbraucher bei diesem negativen Tatbestandsmerkmal Probleme ergeben können.

Auch das Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ in Art. 3 Abs. 1 ist vom Wortlaut ausgehend enger als die nicht abschließende Definition in Art. 3 Abs. 2 Satz 1. Denn nicht im Einzelnen ausgehandelt impliziert, dass gerade nur positiv ausgehandelte Klauseln aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfallen. Insofern weichen beide Absätze bei wörtlicher Auslegung von einander ab.

Da es aber nicht nur auf den Wortlaut, sondern bei Unklarheiten auch auf den dahinter stehenden Willen des Gesetzgebers ankommt, können aufgrund der Intention eines möglichst weitgehenden Verbraucherschutzes eigentlich nur die tatsächlich ausgehandelten Klauseln vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden³³⁴. Im Fall, dass der Verbraucher die Klauseln tatsächlich mit dem Gewerbetreibenden aushandelt, ist der von der Richtlinie bezweckte Schutz vor dem Machtmissbrauch des Gewerbetreibenden (vgl. 9. Erwägungsgrund) nicht erforderlich. Denn das Aushandeln durch den Verbraucher setzt voraus, dass dieser mit der Materie vertraut ist und daher auch seine Kenntnisse in die Waagschale bei den Vertragsverhandlungen werfen kann. Dieser Ausschluss des Machtmissbrauchs ist hingegen dann nicht sichergestellt, wenn es ausreicht, dass der Gewerbetreibende seine vorformulierten Klauseln ernsthaft zur Disposition stellt. Denn dann bräuchte der Gewerbetreibende, um die Anwendung der Richtlinie zu vermeiden, dem Verbraucher nur jedes Mal anbieten, über seine Klauseln zu verhandeln. Der normalerweise unkundige Verbraucher würde – selbst wenn die Klauseln besprochen würden – dem Inhalt der Klauseln ohne Änderung zustimmen, so dass dann eine Individualvereinbarung vorliegen würde. Zwar hätte dann der Gewerbetreibende immer noch die Beweislast, dass es sich um eine Individualvereinbarung handelt (Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie), jedoch würde er auch hier Mittel und Wege finden, um auf diese Weise die Anwendung der Richtlinie regelrecht zu umgehen³³⁵. Im Sinne des Verbraucherschutzes kann daher nur eine tatsächlich ausgehandelte Klausel aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfallen³³⁶.

³³⁴ Für diese restriktive Auslegung auch im Ergebnis v. Westphalen, EWS 1993, 161, 163. Hierfür spricht darüber hinaus auch der Wortlaut des Gemeinsamen Standpunktes des Rates vom 22.9.1992 (ZIP 1992, 1591 ff.), in dem es in Art. 3 Abs. 1 heißt: „Eine Vertragsklausel, die nicht gesondert ausgehandelt wurde...“. Das Wort gesondert spricht viel mehr für ein Aushandeln als die dann gewählte Übersetzung „im einzelnen“.

³³⁵ Im Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (KOM (2000) 248 endg.) werden auf S. 15 f. Umgehungspraktiken, die durch das Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt inspiriert“ werden, aufgeführt. Hierzu zählen sowohl Klauseln, dass die Vertragsklauseln ausgehandelt und vom Verbraucher gebilligt wurden als auch der Ausdruck des Vertrages jeweils bei Bedarf, um den Anschein zu erwecken, dass der Vertrag im Einzelnen ausgehandelt wurde.

³³⁶ Selbst wenn man Art. 3 Abs. 2 Satz 1 restriktiv versteht, so fallen die von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 nicht erfassten Klauseln doch unter Art. 3 Abs. 1. Aus diesem Grunde muss dann Art. 3 Abs. 1 weiter sein als Art. 3 Abs. 2 Satz 1. Dies kann jedoch nicht gelten, wenn man der nachfolgend aufgeführten Darstellung folgt, dass der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie sich nur auf AGB bezieht. Dann muss der ersten, restriktiven Ansicht gefolgt werden, wonach der Anwendungsbereich dieser beiden Sätze übereinstimme.

Ein Blick in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hilft für das Verständnis dieses Tatbestandsmerkmals auch nicht viel weiter, da ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal nicht oder nicht in vergleichbarer Form existiert³³⁷. Aufgrund der nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Richtlinie bestehenden zwei Auslegungsmöglichkeiten werden auch in dem Mitgliedstaaten entweder die eine oder die andere Auffassung vertreten³³⁸.

b) Vorformulierte Klauseln

Noch größere Diskussionen löste das Tatbestandsmerkmal „im voraus abgefasst“ vor allem in Deutschland aus. Nachdem unstreitig tatsächlich ausgehandelte Individualklauseln aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfallen, stellt sich jedoch die Frage, welche vorformulierten Klauseln noch in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Da Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie lediglich voraussetzt, dass die Vertragsklauseln „im voraus abgefasst“ wurden, kam es in der deutschen Literatur zu Diskussionen, ob aufgrund der bestehenden Definition von AGB in § 1 Abs. 1 AGBG der sachliche Anwendungsbereich des AGBG geändert werden müsse. Denn AGB sind nach § 1 AGBG „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, ...“. Da dieses Merkmal der Vielzahl in der Richtlinie nicht enthalten ist, für die Definition der AGB jedoch von erheblicher Bedeutung, kam die Literatur schließlich zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie auch auf vorformulierte Klauseln, die nur einmal verwendet werden sollen, Anwendung finde³³⁹. Unabhängig von der Richtigkeit des Ergebnisses kann man sich teilweise des Eindrucks nicht

³³⁷ In Frankreich unterscheidet der *Code de la consommation* nicht zwischen ausgehandelten oder nicht ausgehandelten Klauseln, sondern bezieht alle ein. Während in Deutschland anhand des positiv ausformulierten Tatbestandsmerkmals „im einzelnen ausformuliert“ der Anwendungsbereich des AGBG abgegrenzt wird, wird in Italien in den Art. 1341 f. c.c. diese Abgrenzung anhand der Tatbestandsmerkmale „*unilateralmente predisposto*“ und – hier nur indirekt relevant – „*specifica sottoscrizione*“ vorgenommen.

³³⁸ Der „Final Report“ des 1. Workshops (The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts) der Europäischen Konferenz über die Richtlinie 93/13 vom 1.-3.7.1999 in Brüssel bestätigt die unterschiedlichen Auffassungen der Mitgliedstaaten (S. 100 f. des Konferenzberichts). Die Tendenz der Teilnehmer des Workshops geht dahin, nur tatsächlich ausgehandelte Klauseln vom Anwendungsbereich auszuschließen. Es wurde sogar der Vorschlag unterbreitet, nur zugunsten des Verbrauchers ausgehandelte bzw. geänderte Klauseln als im einzelnen ausgehandelt anzusehen. Letzteres erscheint jedoch zu eng, da man – wenn man das Prinzip der Vertragsfreiheit unangetastet lassen möchte – auch zugunsten des Gewerbetreibenden ausgehandelte Klauseln gelten lassen muss. Da nur Klauseln Gegenstand der Richtlinie sind, würde sonst möglicherweise ein etwaiges vertragliches Gleichgewicht durch Klauseln zugunsten der einen und Klauseln zugunsten der anderen Partei gestört.

³³⁹ Frey, ZIP 1993, 572, 576; Heinrichs, NJW 1995, 153, 155; Remien, ZEuP 1994, 34, 48; Eckert, WM 1993, 1070, 1073; so auch einige Stimmen in der italienischen Literatur: Sciarrone Alibrandi, Banca borsa e titoli di credito 1993, 713, 718; Busnelli/Morello, Rivista del notariato 1995, 369, 371; Pardolesi, in Studi in memoria di G. Gorla, S. 1475

erwehren, dass dieses Ergebnis aufgrund der Maßstäbe des deutschen AGBG gewonnen wurde. Dabei ist auch hier eine europäisch-autonome Auslegung geboten. Zudem fällt auf, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie völlig außer Acht gelassen wird.

Die Richtlinie geht in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 in allen Sprachfassungen nur davon aus, dass die Vertragsklausel vorformuliert wurde. Für wie viele Fälle bzw. einen oder mehrere Fälle die Klausel vorformuliert sein soll, dafür gibt es in Satz 1 nur einen Anhaltspunkt, den vorformulierten Standardvertrag. Dieser in der deutschen und englischen Sprachversion übereinstimmende Begriff, worunter ein vorgedruckter Vertrag mit üblichen, stets verwendeten Klauseln verstanden wird, lässt also auf einen Formularvertrag bzw. AGB schließen, also vorformulierte Vertragsklauseln für eine Vielzahl von Fällen. Abweichend hiervon verwenden die französische und – sich hieran anlehnend – die italienische Sprachversion den Begriff des *contrat d'adhésion* bzw. *contratto di adesione*. Dieser Begriff lässt die Schlussfolgerung auf eine Vielzahl von Fällen nicht ohne weiteres zu, weshalb die Begriffe an dieser Stelle erst einmal definiert werden sollen.

In der italienischen (aber auch französischen) Lehre ist der Begriff des *contratto di adesione* nicht unumstritten. Nach heute h. M. ist er im Grunde nichts weiter als ein Synonym für AGB³⁴⁰. Nach einer nicht unerheblichen Mindermeinung, die sich auf den Ursprung des Begriffs aus der französischen Doktrin des 19. Jahrhunderts bezieht, handelt es sich um einen weiteren Begriff als den der AGB, der letztere jedoch einschließt³⁴¹. Bei dem „Zustimmungsvertrag“, so die deutsche wörtliche Übersetzung, handelt es sich um einen heute als „take it or leave it“ bezeichneten Vertrag. Das für AGB kennzeichnende Merkmal der Vielzahl von Verwendungen

³⁴⁰ Für das italienische Recht: Pardolesi, Studi in memoria di G. Gorla, 1477; für das französische Recht: Larroumet, Droit civil, S. 412

³⁴¹ Busnelli/Morello, Rivista del notariato 1995, 369, 370; Roppo, Rivista di diritto civile 1994, 277, 283, nach dessen Ansicht der Anwendungsbereich der Richtlinie genau mit dem des *contratto di adesione* übereinstimmt. In diesem Sinne auch die französische Definition unter dem Stichwort *contrat d'adhésion* in Guide juridique, Tome II (Commissaire du Gouvernement à Endossement): „Contrat dans lequel l'une des parties doit accepter ou refuser en bloc l'ensemble des clauses proposées par l'autre partie“. Als typische Beispiele werden dann jedoch der Transport- und der Versicherungsvertrag genannt, die wiederum in der Regel eigentlich Beispiele für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Verträge sind.

kann, muss dabei aber nicht erfüllt sein. Es kann sich vielmehr auch um einen einmalig verwendeten Vertrag handeln³⁴².

Ob für den Standardvertrag das Merkmal Vielzahl von Verwendungen erfüllt sein muss, lässt sich nur anhand der Sprachversionen sowie Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 2 beurteilen. Nachdem auch in der italienischen und französischen Literatur die h. M. sich für AGB und somit für das Merkmal der Vielzahl, ebenso wie die deutsche und englische Fassung, ausspricht, ist dieser Ansicht der Vorzug zu geben. Damit ist unter Standardvertrag ein für eine Vielzahl von Fällen vorformuliertes und einheitlich benutztes Vertragswerk zu verstehen, also ein Konglomerat von AGB³⁴³. Um Missverständnisse zu vermeiden, wäre es – zumindest für das deutsche Recht - vielleicht jedoch besser gewesen, von Formularvertrag zu sprechen³⁴⁴.

Der in Satz 1 erwähnte vorformulierte Standardvertrag ist in einem Einschub bzw. Nebensatz enthalten, der mit dem in allen Sprachfassungen gleichen Wort „insbesondere im Rahmen eines ...“ beginnt. Hieraus wird geschlossen, dass es sich um ein Beispiel eines Anwendungsfalls handelt³⁴⁵. Denn bei diesen vorformulierten Standardverträgen, z.B. bei einem Versicherungsvertrag, ist es unzweifelhaft, dass der Verbraucher keinen Einfluss auf die Vertragsklauseln hat, sondern den Vertrag, der für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert wurde, entweder so akzeptieren oder vom Vertragsschluss Abstand nehmen muss. Bei solchen Standardverträgen sind damit auch (fast) alle Klauseln AGB. Da nun der Standardvertrag in Art. 3

³⁴² Zur Abgrenzung Troiano, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, S. 621, Fn. 48

³⁴³ Insofern ist die deutsche Ansicht, Standardvertrag und Standardvertragsklausel gleichzusetzen, nicht falsch, auch wenn sich diese Ansicht einer Begründung enthält und diese These apodiktisch in den Raum stellt. Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3, Rn. 17; im Ergebnis auch Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 16, der vorformulierte Verträge auf einer *take it or leave it* Basis als Standardverträge definiert, gleichzeitig hinzufügt, dass dieser Begriff jedoch sehr weit auszulegen ist, so dass auch AGB-Verträge, bei denen AGB als ganzes in den Vertrag einbezogen werden, erfasst werden. Allerdings ist die Unterscheidung von Pfeiffer in vorformulierte Verträge, die ebenfalls AGB darstellen, und AGB-Verträge, bei denen AGB miteinbezogen werden, nicht nachvollziehbar, weil er wohl nur letztere als AGB verstanden wissen will. Die Einbeziehung von Verträgen, die auf AGB Bezug nehmen, in den Begriff des Standardvertrages erscheint jedoch allenfalls nur dann gerechtfertigt, wenn nach der Gesamtbetrachtung des Vertragswerkes dieses durch die AGB dominiert wird (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 2, der ebenfalls auf die Gesamtbetrachtung abstellt). Dies kann jedoch dann nicht gelten, wenn ein ausgehandelter Vertragstext vorliegt, der nur im Übrigen auf die AGB Bezug nimmt. Insofern kommt es beim Standardvertrag nicht nur darauf an, dass der Vertrag vorformuliert war und der Verbraucher keinen Einfluss nehmen konnte, sondern auch, dass es sich auch um einen inhaltlich einheitlich verwendeten Vertrag handelt.

³⁴⁴ Typische Beispiele für Formularverträge nach deutschem Recht sind gerade Versicherungsverträge, Kfz-Mietverträge, Reiseveranstalterverträge, Fernlehrverträge, vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., §1 AGBG, Rn. 66

³⁴⁵ Damm, JZ 1994, 161, 163; Remien, ZEuP 1994, 34, 48 f.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 18

Abs. 2 Satz 1 lediglich als Beispiel genannt ist, würde es eigentlich auch keinen Sinn machen, wenn sich der Begriff Standardvertrag bzw. AGB und der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie decken würden³⁴⁶. Beschränkt man sich wie die Vertreter dieser Ansicht lediglich auf die Betrachtung von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie, klingt diese Argumentation schlüssig. Ein Blick auf Satz 2, den viele kaum oder gar nicht beachten, lässt hieran Zweifel aufkommen.

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 fällt schon deshalb auf, weil Gegenstand dieser Regelung nicht wie sonst eine Vertragsklausel, sondern der Standardvertrag als Ganzes ist. Nach dem Wortlaut ist die Anwendung von Art. 3 bei Verträgen, bei denen Klauseln oder Teile einer Klausel im einzelnen ausgehandelt wurden und die somit aus dem Anwendungsbereich herausfallen würden, auf die nicht ausgehandelten Klauseln dann nicht ausgeschlossen, „sofern es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt“.

Unklar ist zwar, wie viele Klauseln ausgehandelt bzw. nicht ausgehandelt werden dürfen, damit es sich noch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt. Jedoch ist es in der Praxis häufig, dass Standardverträge gewisse Lücken aufweisen, die dann zusammen mit dem Verbraucher geschlossen werden. Inwieweit hier überhaupt von einem Aushandeln von Elementen oder ganzen Klauseln zu sprechen ist, ist äußerst fraglich, vor allem dann, wenn z.B. nur bestimmte Eigenschaften des Vertragsgegenstandes ausgewählt werden. Hier von einem Aushandeln zu sprechen, ist im Ergebnis abzulehnen. Zudem kommt es darauf eigentlich gar nicht an, da nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie der Hauptgegenstand des Vertrages nicht Gegenstand einer Inhaltskontrolle sein kann. Die Klauseln, die den Verbraucher benachteiligen und die die Richtlinie verhindern möchte, werden jedoch in aller Regel gerade nicht, und auch nicht teilweise, ausgehandelt. Aus diesem Grund erscheint die Regelung in Satz 2

³⁴⁶ So auch die Argumentation von Damm, JZ 1994, 161, 163; Remien, ZEuP 1994, 34, 48 f. und Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 18, die in diesem Zusammenhang auch auf Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie („... *Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, ...*“) verweisen. Das Wort „*allgemeine*“ soll ebenfalls darauf hinweisen, dass die RL nicht nur für AGB, sondern auch für vorformulierte Individualklauseln gilt. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass das Wort „*allgemein*“ nicht in Abgrenzung von AGB und vorformulierten Individualvereinbarungen verstanden werden darf, sondern in

überflüssig. Sollten jedoch, was nicht klar ist, neben Standardverträgen, die in der Tat Individualklauseln enthalten, auch diese Verträge gemeint sein, so schließt sich die Frage an, wenn es sich in der Gesamtwertung um Standardverträge handeln muss, ob dadurch der Anwendungsbereich der Richtlinie entgegen der oben dargestellten Ansicht auf AGB beschränkt wird.

Gegenstand der Inhaltskontrolle nach Satz 2 können nur in vorformulierten Standardverträgen enthaltene und nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln, also für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Klauseln sein, und damit AGB. Auf diese AGB ist der gesamte Art. 3, nach dem in allen hier bereits erwähnten Sprachversionen gleichlautenden Wortlaut „... die Anwendung dieses Artikels...“, anzuwenden, wenn die Bedingung erfüllt ist, dass es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt. Folge dieser Bedingung bei Gesamtsicht von Satz 1 und 2 wäre, dass der sachliche Anwendungsbereich damit im Prinzip auf AGB beschränkt würde. Ein besonderes Merkmal bezüglich der Vielzahl wäre aufgrund des verwendeten Begriffs Standardvertrag nicht mehr erforderlich³⁴⁷.

Die Idee dieser Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs erscheint auch deshalb nicht so abwegig, da auch in den Niederschriften der Vorarbeiten zu der Richtlinie stets nur zwischen Individualvereinbarungen und Standardklauseln unterschieden, die Kategorie der einmalig vorformulierten Klauseln jedoch nicht erwähnt wurde³⁴⁸. Auch die Praxis zeigt, dass der hauptsächliche Anwendungsbereich der Richtlinie nur AGB bzw. Klauseln in Standardverträgen sind³⁴⁹.

Bezug auf solche allgemeinen Klauseln, wie z.B. von einem Verband für seine Mitglieder vorgegebenen Klauseln, die Gegenstand einer abstrakt-generellen Überprüfung in einem Verbandsverfahren sein können.

³⁴⁷ Auch das französische Recht, aus dem die Begriffe „*clause abusive*“ und als Synonym für Standardvertrag „*contrat d'adhésion*“ entnommen wurden, stellt bei diesen beiden Begriffen nicht auf das Merkmal Vielzahl ab, sondern auf das vertragliche Ungleichgewicht der Parteien. Grund hierfür mag sein, dass das französische Recht in Bezug auf den Verbraucherschutz keinen Unterschied macht, sondern alle Verträge einbezieht. Da jedoch auch außerhalb des Verbraucherschutzes vor allem der Begriff des „*contrat d'adhésion*“ Verwendung findet (z.B. im Transportrecht), kann daher auch aus diesem Zusammenhang entnommen werden, dass das Merkmal „Vielzahl“ indirekt enthalten ist.

³⁴⁸ Vgl. Stellungnahme des EP, ABIEG C 326/108 ff.; Stellungnahme des WSA, ABIEG C 159/34, 36 (Ziffer 2.3.1.)

³⁴⁹ So das Ergebnis der Auswertung der CLAB-Datenbank, die bislang nur AGB als missbräuchliche Klauseln gespeichert hat. Die CLAB (clauses abusives) - Datenbank wurde von der Kommission initiiert, um die jeweiligen nationalen Rechtsprechungen bzgl. missbräuchlicher Klauseln zu registrieren. Vgl. Bericht der

Zudem würde bei einer Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf AGB bzw. Standardvertragsklauseln auch die Beweislastregelung in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie Sinn ergeben. Denn diese ist gerade auf Standardvertragsklauseln beschränkt. Dem Gewerbetreibenden wird bei einer Standardvertragsklausel die Beweislast auferlegt, wenn er behauptet, dass diese Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde. In diesem Fall muss also der Gewerbetreibende das Aushandeln beweisen und nicht der Verbraucher das Nichtaushandeln (vgl. unten). Bei einem auf AGB beschränkten sachlichen Anwendungsbereich würde somit diese Beweislastverschiebung einheitlich für alle Klauseln gelten. Hingegen kommt es bei Einbeziehung einmalig vorformulierter Klauseln beweisrechtlich zu einer Ungleichbehandlung, da die Beweislastregel nur für Standardvertragsklauseln gilt, nicht jedoch nach der oben dargestellten Auffassung für einmalig vorformulierte Klauseln. Es ist daher schwer nachzuvollziehbar, warum der Gesetzgeber die Unterscheidung in Bezug auf die Beweislast getroffen hat, und dem Verbraucher bei einmalig vorformulierten Klauseln die Beweislast weiterhin obliegt (vgl. unten).

Alle diese Argumente könnten für einen auf AGB beschränkten sachlichen Anwendungsbereich sprechen. Es ist zugegebenermaßen jedoch müßig, heute hierüber noch zu diskutieren, da die h. M. in den Mitgliedstaaten davon ausgeht, dass für einen einzigen Vertrag vorformulierte Klauseln auch vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden³⁵⁰. Hierfür spricht auch, dass das französische Recht, welches ursprünglich diesbezüglich Vorlage war, alle Verbraucherverträge einbezieht. Wenn nun nur die individuell ausgehandelten ausgenommen werden, bleiben jedoch die übrigen Gegenstand der Richtlinie. Nicht nur Deutschland hat deshalb in § 24 a AGBG extra die einmalige Verwendung von vorformulierten Klauseln geregelt, sondern auch Großbritannien hat in seinen neuen *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* einmalig vorformulierte Klauseln miterfasst³⁵¹.

Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (KOM (2000) 248 endg.), S. 15

³⁵⁰ Tenreiro/Ferioli, Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13, S. 4

³⁵¹ Für die h. L. in Deutschland vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 18 mwN; für Italien vgl. z.B. Pardolesi, in Studi in memoria di G. Gorla, S. 1475; für Großbritannien vgl. Chitty on Contracts, 15-024.

Dann stellt sich jedoch die Frage der praktischen Relevanz dieser Kategorie von Klauseln. Theoretisch ist es möglich, Vertragsklauseln nur zur einmaligen Verwendung vorzuformulieren. Nur sind diese Fälle überhaupt relevant? Und wie erkennt auch der Verbraucher, dass dieser Vertrag, wenn nicht gerade handschriftlich verfasst, nur einmal verwendet werden soll?

Vom Standpunkt eines Gewerbetreibenden ist es wirtschaftlich nachteilig für jedes seiner an einen Verbraucher zu verkaufenden (Serien-)Produkte einen einmalig zu verwendenden Vertrag vorzuformulieren. Das Phänomen der Massenproduktion hat das Phänomen der Massenverträge nach sich gezogen. Deshalb wird der Gewerbetreibende unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Effizienz stets nur einen Standardvertrag mit dem Verbraucher abschließen. Gerade in Bezug auf die zunehmende Globalisierung, die für den räumlichen Teilbereich der EU auch die Richtlinie vor Augen hat (vgl. 7. Erwägungsgrund), gilt das Phänomen der Massen umso mehr. Dies gilt vor allem für Geschäfte des täglichen Lebens, aus denen AGB und Formularverträge nicht mehr weg zu denken sind. Selbst wenn es zwischen Verbraucher und einem kleinen Unternehmen zu einem Vertragsschluss über ein besonderes Produkt kommen sollte, so wird, sofern nicht eine Individualvereinbarung vorliegt, der Gewerbetreibende auf seine sonst gültigen AGB Bezug bestehen, da für ihn als gegebenenfalls selbst Rechtsunkundigen andererseits die Gefahr besteht, zu seinen Lasten eine Vereinbarung zu treffen. In der freien Wirtschaft wird daher der vorformulierte Individualvertrag kaum anzutreffen sein³⁵². Zu denken ist allenfalls, wie Art. 3 Abs. 2 Satz 1 bestimmt, an sog. Spontanklauseln, die erst im Laufe der Verhandlungen wie eine vorformulierte Klausel unterbreitet werden, und die ebenfalls aufgrund der vergleichbaren Situation für den Verbraucher in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen sollen³⁵³. Der Anwendungsbereich, um den theoretisch so gerungen wurde, ist also praktisch äußerst gering. Hauptanwendungsbereich der Richtlinie

In Frankreich wurde der *Code de la consommation* von 1991 in seinem sachlichen Anwendungsbereich nicht geändert, so dass das französische Gesetz nach wie vor auf alle Verbraucherverträge ohne Ausnahme Anwendung findet.

³⁵² Beispiel für einen vorformulierten Individualvertrag könnte z.B. in Deutschland der öffentlich-rechtliche Vertrag sein, z.B. über Erschließungskosten. Hier ist nur fraglich, inwieweit auch dieser Vertrag ein Standardvertrag ist oder auf bindenden Rechtsvorschriften gemäß Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie beruht, so dass diese Klauseln gar nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

³⁵³ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 13

ist, wie auch die CLAB-Datenbank zeigt, die Standardvertragsklausel, bei der gerade die Gefahr des Machtmissbrauches besteht.

Bei diesem Ergebnis gibt jedoch dann vor allem Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie Rätsel auf, da nur für den Standardvertrag der Fall geregelt wurde, dass in diesem Vertrag einzelne Klauseln ausgehandelt wurden, jedoch nicht für den vorformulierten Individualvertrag. Soll dann Art. 3 Abs. 2 Satz 2 nicht gelten? Oder ist diese Lücke im Wege der Analogie zu schließen? Bei einem möglichst umfassenden Schutz der Richtlinie kann die Antwort nur Analogie lauten. Trotzdem bleibt die Frage, warum dieser Fall nicht vom Gesetzgeber geregelt wurde.

Auch wenn man Art. 3 Abs. 2 ganz auf Standardverträge beschränken und alle übrigen Verträge unter Abs. 1 fallen lassen würde, indem man den im Text von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 verwendeten Begriff „Artikel“ durch „Absatz“ ersetzt, ergibt die Vorschrift keinen Sinn, weil gerade aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 die Anwendung der Richtlinie auch auf vorformulierte Individualverträge gefolgert wird.

Eine befriedigende Lösung bzw. Erklärung lässt sich für diese Regelung nicht finden, wenn man sie nicht als Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs verstehen will³⁵⁴.

c) Vertragsgegenstand

Der Vertragsgegenstand, den diese Klauseln regeln, ist hierbei unerheblich. Nach dem 10. Erwägungsgrund sollen grundsätzlich alle Verträge in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, auch wenn in den anderen Erwägungsgründen lediglich vom Kauf von Waren und Dienstleistungen die Rede ist. Eine solche Einschränkung ist aber nicht beabsichtigt. Für einen effektiven Verbraucherschutz müssen möglichst viele Bereiche einbezogen werden, egal ob privat- oder öffentlich-rechtlich. Vor allem der Begriff der Dienstleistung ist wie im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 59

³⁵⁴ Zu diesem Ergebnis kommt auch der Bericht über die Umsetzung der Richtlinie 93/13 in den Mitgliedstaaten von der Europäischen Konferenz über die Richtlinie 93/13 vom 1.-3.7.1999 in Brüssel (Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13 von Mario Tenreiro und Elena Ferioli, S. 6)

EGV sehr weit auszulegen, so dass ohne Abweichung vom 10. Erwägungsgrund alle Verträge einbezogen werden³⁵⁵.

Durch den 10. Erwägungsgrund wird klargestellt, dass die Richtlinie im Bereich Arbeits-, Erb- und Familienrecht sowie Gesellschaftsrecht keine Anwendung findet. Ausdrücklich ausgenommen sind nach Art. 1 Absatz 2 nur Klauseln, die auf Vorschriften oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die EG oder die Mitgliedstaaten Vertragspartner sind. Auf die Einbeziehung der Bereiche des Arbeits-, Erb- und Familienrechts sowie Gesellschaftsrechts in Art. 1 Absatz 2 wurde verzichtet. Aufgrund der Positionen der Vertragspartner zueinander (in der Regel wäre es nach den Definitionen der Richtlinie Gewerbetreibender – Gewerbetreibender im Arbeits- und Gesellschaftsrecht sowie Verbraucher – Verbraucher im Familien- und Erbrecht) erschien eine ausdrückliche Regelung nicht erforderlich. Sofern auf diesen Gebieten es sehr wohl zu einer Gegenüberstellung Gewerbetreibender – Verbraucher kommen sollte, soll nach einer Ansicht die Richtlinie sehr wohl anwendbar sein, da auch hier ein typisches Ungleichgewicht bestehen kann, das eine Kontrolle rechtfertigt³⁵⁶. Nach anderer Auffassung sind diese Gebiete völlig vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen³⁵⁷.

3. Die Inhaltskontrolle nach Art. 3 und 4

Art. 3 Absatz 1 ist die zentrale Regelung der Richtlinie. Sie bestimmt generalklauselartig auch den Kontrollmaßstab für die Missbrauchskontrolle: Entgegen dem Gebot von Treu und Glauben muss zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner bestehen. Jede Klausel soll unter Berücksichtigung aller konkreten Begleitumstände bei Abschluss des Vertrages und der anderen Vertragsklauseln auf den

³⁵⁵ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 1, Rn. 13

³⁵⁶ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 1 Rn. 18 ff., der als Beispiele für solche Fälle die Publikums-KG bzw. den Erwerb von Waren des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber nennt. Hier sei die Richtlinie deshalb anzuwenden, da der 10. Erwägungsgrund den persönlichen Anwendungsbereich nicht bestimme, sondern nur Ausfluss von Art. 1 Absatz 1 sei, somit nur als Beispiel diene. Sofern Verträge aus diesen Rechtsgebieten im Verhältnis Verbraucher – Gewerbetreibender geschlossen werden, ist die Richtlinie anwendbar. So auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1 RiLi, Rn. 28

³⁵⁷ Busnelli/Morello, Rivista del notariato 1995, 369, 370, die den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie als Ausschlussregelung ansehen. Nach ihrer Meinung stimmt die Richtlinie völlig mit § 23 AGBG überein.

Prüfstand gestellt werden (Art. 4 Abs. 1). Ausgenommen von der Beurteilung sind nur die Hauptleistungen eines Vertrages und das Preis-Leistungs-Verhältnis, welches vom Markt bestimmt wird (Art. 4 Abs. 2).

Bei dieser Missbrauchskontrolle einer Klausel kommt es auf das inhaltliche Ungleichgewicht des Vertrages aufgrund einer formalen Feststellung der gleichmäßigen Verteilung der Rechte und Pflichten oder auf die ungerechte Bewertung oder unzureichende Berücksichtigung materieller Interessen an. Anhand des damit objektiv zu bestimmenden Gebots von Treu und Glauben³⁵⁸ ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, wobei die in Art. 4 angeführten Konkretisierungen von Gegenstand und Umständen zu berücksichtigen sind. Hier ist streitig, ob die in Art. 3 als generell angelegte Missbrauchskontrolle durch Art. 4 zu einer konkret-individuellen wird³⁵⁹.

Die h. M. in Deutschland verneint jedoch letzteres. Art. 4 Absatz 1 ordnet an, dass die Missbrauchskontrolle „unter Berücksichtigung“ konkret-individueller Kontrollgesichtspunkte stattzufinden habe, so dass im Grunde von einer zweistufigen Prüfung (erst generell, dann Berücksichtigung der individuellen Umstände) auszugehen sei³⁶⁰.

³⁵⁸ Aufgrund einer misslichen italienischen Übersetzung dieser Passage des Art. 3 („...*malgrado il requisito della buona fede* ...“) stellte sich in Italien im Gegensatz zu Deutschland nicht nur das Problem, wie *malgrado* zu interpretieren, sondern auch, ob *buona fede* im objektiven oder subjektiven Sinne zu verstehen sei. Die italienische Übersetzung legte teilweise den französischen („...*en dépit de l'exigence de la bonne foi* ...“) und teilweise den englischen Text („... *contrary to the requirement of good faith*...“) zugrunde und entstellte damit den Sinn der Regelung, indem es im italienischen Text auf deutsch übersetzt nun heißt: „Eine nicht im einzelnen ausgehandelte Klausel wird trotz des Erfordernisses des guten Glaubens als missbräuchlich angesehen...“. Die italienische Lehre ist sich jedoch aufgrund des Vergleichs der Sprachfassungen, der Erläuterungen im 15. Erwägungsgrund sowie des deutschen Grundsatzes von Treu und Glauben, der hier Pate stand, einig, dass *buona fede* im objektiven Sinne als Treu und Glauben zu verstehen sei. Ferner liegt ein Missverhältnis nur vor, wenn dieses dem Gebot von Treu und Glauben zuwiderläuft. Im Ergebnis stimmt damit die italienische Lehre mit dem deutschen Wortlaut überein. Vgl. hierzu Roppo, Rivista di diritto civile, 1994, 277, 285; Pardolesi, Rivista critica di diritto civile 1995, 523, 528; Busnelli/Morello, Rivista del notariato 1995, 369, 373; Salvestroni, Rivista di diritto commerciale 1995, 11, 14 f.; Sciarrone Alibrandi, Banca, borsa e titoli di credito 1993, 713, 721 ff.

Die Bestimmung des Maßstabes von Treu und Glauben im objektiven oder subjektiven Sinne führt zu folgenden unterschiedlichen Ergebnissen, da im romanischen Rechtskreis der Begriff *buona fede* einerseits im Sinne des deutschen Prinzips von Treu und Glauben bekannt ist, andererseits auch die Gutgläubigkeit einer Person bezeichnet (Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 42).

Bei subjektiver Betrachtungsweise würde damit auf die Gutgläubigkeit des Gewerbetreibenden bezüglich der Verletzung der Rechte des Verbrauchers abgestellt; vgl. Pardolesi, Rivista critica di diritto civile 1995, 523, 529; Roppo, Rivista di diritto civile, 1994, 277, 285. Bei (richtiger) objektiver Betrachtungsweise kommt es hingegen auf die ausgewogene vertragliche Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien an (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 12).

³⁵⁹ Diese Diskussion wurde vor allem in Deutschland geführt, da das AGBG, dessen § 9 ebenfalls eine Abwägung anhand des Gebotes von Treu und Glauben vornimmt, von einem generell-abstrakten Prüfungsmaßstab ausgeht. Vgl. Remien, ZEuP 1994, 34, 52, der sich gegen einen konkret-individuellen Maßstab ausspricht. A.A. v. Westphalen, EWS 1993, 161, 164, der von einem „höchst individuellem Prüfungsmaßstab“ spricht.

³⁶⁰ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 4, Rn. 5. Vgl. auch Damm, JZ 1994, 161, 172 ff., der ausführt, dass die individuellen Kontrollgesichtspunkte des Art. 4 ein Überrest aus der Entwurfszeit sind, als die Richtlinie auch Individualklauseln einbezog, welche nun ausgenommen sind. Nunmehr habe je nach Vertrag eine entsprechende Feinabstimmung bezüglich der generellen und individuellen Kriterien im Einzelfall zu erfolgen.

4. Die Bedeutung des Anhangs für die Missbrauchskontrolle

Diskussionen löste der Anhang der Richtlinie bei den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung aus, weshalb hier - auch in Bezug auf etwaige Beweislastregelungen – näher auf die Probleme eingegangen werden soll.

Der in Art. 3 Abs. 3 erwähnte und am Ende der Richtlinie angefügte Klauselkatalog ist nach dem Wortlaut der Richtlinie nur ein „Hinweis“ für Klauseln, „die für missbräuchlich erklärt werden können“. Einigkeit besteht daher, dass es sich hier in der Tat um eine rein beispielhafte Aufzählung handelt, die nicht zwingend von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist, d.h. diese Klauseln im nationalen Gesetz als missbräuchlich festzulegen³⁶¹. Hierfür spricht auch der 16. Erwägungsgrund, der ausdrücklich den Beispielscharakter des Anhangs noch einmal wiederholt³⁶².

Es besteht jedoch Streit darüber, inwiefern bei einer Übernahme der Liste diese reduziert oder erweitert werden kann. Gegen eine Erweiterung der Liste bestehen keine Bedenken. Zum einen sagt Art. 3 Absatz 3 selbst, dass es sich um eine „nicht erschöpfende Liste“ handelt. Zum anderen hat die Richtlinie Minimalcharakter (17. Erwägungsgrund) und erlaubt nach Art. 8 auch strengere nationale Vorschriften³⁶³. Hingegen besteht Uneinigkeit bezüglich einer Beschneidung der Liste³⁶⁴.

Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4 RiLi, Rn. 3 unterscheidet je nach Art der Klausel ob ein eher individueller oder genereller Prüfungsmaßstab anzuwenden sei.

³⁶¹ Micklitz, ZEuP 1993, 522, 529; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 31; Damm, JZ 1994, 161, 175; Eckert, WM 1993, 1070, 1076; Patti, Contratto e impresa 1993, 71, 77; Sciancalepore, Rassegna di diritto civile 1993, 725; Salanitro, Banca, borsa e titoli di credito 1993, 545, 549; Roppo, Rivista di diritto civile 1994, 277, 291; Danese, Responsabilità civile e previdenza 1995, 427, 441.

³⁶² Die Kommission geht in ihrem Bericht (Kom (2000) 248 endg., S. 18) allerdings davon aus, dass eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Umsetzung trotz Hinweisscharakters besteht. Sie beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache C 236/95), nach der zur Wahrung der Rechtssicherheit der Verbraucher sich in einer klaren Rechtslage befinden muss und die Gesamtheit seiner Rechte zur Kenntnis nehmen können muss. Deshalb haben die Mitgliedstaaten die Pflicht zur Umsetzung, damit die Liste den Juristen und den Verbrauchern zugänglich gemacht wird und als Maßstab für die Verfahren dienen kann.

Der Hinweisscharakter des Anhangs taucht zum ersten Mal in dem vom EP vorgeschlagenen Erwägungsgrund 13a auf (ABIEG C 326 vom 16.12.1991, S. 110), gleichzeitig wird jedoch auf vom EP für Art. 2 Nr. 2 vorgeschlagen, dass es sich bei der Liste um eine bindende, aber nicht erschöpfende Liste handeln solle (ABIEG C 326 vom 16.12.1991, S. 111). Durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 22.9.1992 (ZIP 1992, 1591 ff.) wurde der Hinweisscharakter in Art. 3 Abs. 3 eingefügt. Dadurch wurde aber eindeutig von dem bindenden Charakter der Liste abgerückt, so dass die Argumentation der Kommission nicht ganz nachvollziehbar ist, zumal die Klauseln in der Liste so allgemein gehalten sind und daher der Auslegung bedürfen, so dass es für einen Verbraucher nach der Rechtsprechung gar nicht möglich ist, sich Klarheit über seine Rechte und Pflichten zu verschaffen. Aus diesen Gründen wird die Verpflichtung zur Umsetzung abgelehnt, da eine genauere gesetzliche Regelung bzw. eine einheitliche Rechtsprechung in einem Mitgliedstaat mehr Rechtssicherheit für den Verbraucher bedeutet als diese doch recht unbestimmt formulierte Liste.

³⁶³ Eckert, WM 1993, 1070, 1076

³⁶⁴ Für eine Beschneidungsmöglichkeit der Liste Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 31; dagegen Roppo, Rivista di diritto civile 1994, 277, 291; Rizzo, Rassegna di diritto civile 1993, 582, 592; Busnelli/Morello, Rivista del notariato 1995, 369, 373, 375

Die Befürworter leiten ihre Ansicht wohl aus dem Hinweischarakter des Anhangs ab. Ihre Gegner berufen sich auf den 17. Erwägungsgrund. Dessen Wortlaut gibt ebenfalls keinen unmittelbaren Aufschluss, sondern nährt vielmehr die Diskussion durch seine Auslegungsbedürftigkeit. Im deutschen Text lautet er: „...infolge dieses Minimalcharakters kann sie (die Liste) von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, ..., ergänzt oder restriktiver formuliert werden.“ Während man restriktiv nach der Bedeutung des Wortes auch im Gegensatz zu „ergänzt“ als eingeschränkt auffassen kann, und damit die These einer Verkleinerungsmöglichkeit der Liste stützt, wird von den Gegner „restriktiver“ als strengere bzw. verschärfte Formulierung der Klauseln gedeutet. Im Zusammenhang mit dem Wort „formuliert“ ist das durchaus eine nachvollziehbare Auslegung, die zusammen mit dem Argument, dass der Gesetzgeber am Ende des Anhangs unter Nr. 2 Ausnahmen von der möglichen Missbräuchlichkeit selbst auflistet³⁶⁵, durchaus Gewicht hat. Trotzdem darf der im 17. Erwägungsgrund, gleich im ersten Halbsatz, aufgeführte Beispielscharakter der Klauseln nicht übersehen werden. Beispiele sind nach allgemeinem Sprachgebrauch beliebig herausgegriffene und abänderbare Musterfälle. In diesem Zusammenhang ist der Wortlaut bezüglich einer Ergänzung oder restriktiveren Formulierung der Liste jedoch als Verkleinerung zu verstehen.

Zur Lösung des Problems hilft die italienische Sprachfassung hier auch nicht weiter. Die französische Fassung („...*formulations plus limitatives...*“) stützt nach Ansicht eines Vertreters der Gegenansicht eindeutig die Auslegung im Sinne von strenger³⁶⁶. Hierbei hat er jedoch die ebenfalls verbindliche englische Version außer Acht gelassen, die von einem „...*more restrictive editing...*“ spricht. Die „restriktivere Herausgabe“, so die wörtliche Übersetzung, steht jedoch für eine Beschneidungsmöglichkeit der Liste.

Hierfür spricht auch der bereits oben angesprochene Beispiels- bzw. Hinweischarakter, den selbst Anhänger der Gegenmeinung nicht bestreiten.

³⁶⁵ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 88

³⁶⁶ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 88

Es ist ein Widerspruch, wenn einerseits die Liste nicht verbindlich sein soll, andererseits diese ein feststehendes Minimum darstellen soll. Minimalcharakter hat nur die Richtlinie selbst, nicht hingegen die Liste. Die Gegenauffassung, die sich zum Teil für ihre Interpretation von restriktiv im Sinne von strenger auf das Wort Minimalcharakter im 17. Erwägungsgrund bezieht, geht fehl. Der deutsche Text der Richtlinie spricht nicht von ihrem, sondern von diesem Minimalcharakter. Diese Ausdrucksweise ist zwar nicht eindeutig, aber nach allgemeinem Sprachverständnis kann damit nur etwas anderes als die Liste gemeint. Gewissheit hierüber gibt die englische Version, die im Gegensatz zu den anderen Sprachfassungen, eindeutig ausführt: „...of the minimal character of the Directive...“. Ein weiterer, rein formaler Grund spricht ebenfalls dafür, dass es den Mitgliedstaaten überlassen ist, alles, einen Teil oder sogar gar nichts aus diesem Anhang zu übernehmen. Der für die Mitgliedstaaten verbindliche, amtliche Text der Richtlinie umfasst nur die Erwägungsgründe sowie 11 Artikel. Dann folgt Datum und Unterschrift des Ratspräsidenten, bevor sich der Anhang anschließt. Da Rechtsakte in der Regel mit der Unterschrift abschließen, ist der nicht unterzeichnete Anhang nicht mehr zwingend umzusetzender Bestandteil der Richtlinie und damit der freien Verfügung der Mitgliedstaaten überlassen. Alles andere würde auch dem ausdrücklichen Hinweischarakter zuwider laufen.

Nun ist fraglich, ob diese lange Diskussion überhaupt notwendig war, zumal Italien den Anhang im Prinzip in Art. 1469 bis c.c. übernommen hat. Hingegen weichen jedoch die Klauselkataloge in §§ 10, 11 AGBG von der Liste ab, da sie teilweise andere Klauseln enthalten oder in der Liste enthaltene Klauseln nicht aufführen. Eine Ergänzung der §§ 10, 11 AGBG ist jedoch nach der hier vertretenen Ansicht nicht erforderlich, zumal für diese nicht aufgeführten Klauseln die Generalklausel eingreift.

Zumindest in Deutschland werden die Klauseln aus dem Anhang der Richtlinie in Bezug auf ihre Missbräuchlichkeit unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob sie von §§ 9, 10 oder sogar 11 AGBG erfasst werden. Damit kommt man zum zweiten, vor allem in Italien heftig diskutierter Streitpunkt, nämlich der Frage, ob im Falle der Umsetzung die im Anhang enthaltenen

Klauseln per se als missbräuchlich anzusehen sind, oder lediglich Indizwirkung haben und im Einzelfall noch anhand der Generalklausel überprüft werden müssen.

Aus der Entstehungsgeschichte ist bekannt, dass drei Auffassungen kursierten. Während das Europäische Parlament eine sog. schwarze Liste mit Klauseln forderte, der Rat hingegen die bloße Indizwirkung für eine Missbräuchlichkeit der Klauseln favorisierte, schlug die Kommission als Kompromiss vor, im Rahmen einer Vermutung sollen die Klauseln als missbräuchlich gelten³⁶⁷. Nachdem die Mitgliedstaaten unzweifelhaft von dem Vorschlag der sog. schwarzen Liste abgerückt sind, wird der Klauselanhang in der Literatur nunmehr als sog. graue Liste bezeichnet, wobei unklar ist, was genau damit gemeint ist:

Entsprechend dem Wortlaut der Richtlinie in Art. 3 Abs. 3 („...die für missbräuchlich erklärt werden können“ bzw. wortgleich in der italienischen Fassung „... *che possono essere dichiarate abusive*“) geht eine Ansicht von einer bloßen Indizwirkung aus, welche nicht zwingend zu einer Missbräuchlichkeit der Klausel führt, sondern im Einzelfall sorgfältig zu überprüfen ist³⁶⁸.

Die Gegenansicht hält die in der Liste enthaltenen Klauseln ohne weitere Überprüfung für missbräuchlich, da ansonsten die Existenz eines solchen Klauselkataloges nicht logisch nachzuvollziehen wäre³⁶⁹. In der italienischen Literatur wird diese Ansicht in Anlehnung an den Vorschlag der Kommission dergestalt vertreten, dass eine für den Gewerbetreibenden widerlegbare Vermutung für die Missbräuchlichkeit der Klauseln bestehe³⁷⁰.

Ungeachtet Art. 8 der Richtlinie, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, strengere Vorschriften zu erlassen, ist die These der italienischen Literatur insofern bedeutsam, als bei einer Vermutung der Missbräuchlichkeit dieser Klauseln die Beweislast zugunsten des Verbrauchers derart verändert

³⁶⁷ Pardolesi, *Rivista critica del diritto privato* 1995, 523, 533

³⁶⁸ Roppo, *Rivista di diritto civile* 1994, 277, 291f.; Danese, *Responsabilità civile e previdenza* 1995, 427, 441; Damm, *JZ* 1994, 161, 175; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 32

³⁶⁹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 80 f.

³⁷⁰ Busnelli/Morello, *Rivista del notariato* 1995, 369, 375; Pardolesi, *Rivista critica del diritto privato* 1995, 523, 532 ff., der von einer Wahlmöglichkeit der nationalen Gesetzgeber spricht, aber der Vermutung der Missbräuchlichkeit den Vorzug einräumt. Ebenfalls sich für eine Vermutungswirkung der Klauseln sich

würde, dass nun der Gewerbetreibende die Nichtmissbräuchlichkeit zu beweisen hat.

Allerdings lassen in allen bislang angesprochenen Sprachversionen weder der Wortlaut von Art. 3 Absatz 3 der Richtlinie noch der des Anhangs den Schluss zu, dass für die Missbräuchlichkeit der Klauseln eine Vermutung anzunehmen sei. Der Kompromissvorschlag der Kommission kann, da er nicht die Meinung des gesetzgebenden Rates wiedergibt, nicht zur Auslegung des Wortlautes herangezogen werden. Allein aus der Richtlinie lässt sich diese Ansicht damit nicht rechtfertigen. Im Übrigen würde es auch dem zuvor heraus gearbeiteten unverbindlichen Beispielscharakter widersprechen. Es ist daher gemäß der zuerst vorgestellten Ansicht von einer reinen Indizwirkung der Klauseln auszugehen, zumal auch die Vertreter der Gegenansicht leider keine dezidierte Begründung geben.

Die Klauseln selbst sind teilweise recht unbestimmt formuliert, wie z.B. insbesondere die Klauseln unter den Buchstaben b), e), m), n) und o). Diese weite und auslegungsbedürftige Formulierung der Klauseln kann deshalb zu einer Rechtsunsicherheit führen, wenn diese unterschiedlich umgesetzt und auch später von der Rechtsprechung beurteilt werden sollten.

5. Art. 6 Absatz 1 der Richtlinie

Für den Fall, dass sich eine vertraglich vereinbarte Klausel nach der Inhaltskontrolle als missbräuchlich herausstellt, enthält die RL keine direkte Regelung, sondern überlässt es nach Art. 6 Absatz 1 Satz 1 den Mitgliedstaaten eine Regelung zu treffen, nach der diese Klausel nur, und nur für den Verbraucher, „unverbindlich“ ist³⁷¹. Da die Richtlinie in Art. 3 die Voraussetzungen für die Unverbindlichkeit selbst regelt, bleibt den Mitgliedstaaten hier nur Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Art und Weise der Unverbindlichkeit und des Verfahrens³⁷². Um den Verbraucherschutz nicht zu schmälern, kann die Unverbindlichkeit nicht in

aussprechend wohl auch Patti, *Contratto e impresa* 1993, 71, 77, („...*lista indicativa di clausole le quali si presumono abusive (art. 3 n. 3)*“)

³⁷¹ Der Gewerbetreibende soll sich gemäß des allgemein geltenden Grundsatzes *nemo auditur turpitudinem suam allegans* nicht auf die Unverbindlichkeit seiner Klausel berufen können; vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 6, Rn. 4. Dem trägt die Richtlinie durch ihren Wortlaut in Art. 3 und 6 Rechnung, da nur Benachteiligungen des Verbrauchers für diesen unwirksam sind.

Form eines Anfechtungsrechts geregelt werden, sondern es muss sich um eine *ipso iure* eintretende Unverbindlichkeit handeln³⁷³, also Nichtigkeit³⁷⁴, oder Unwirksamkeit. Dies bestätigt auch der 21. Erwägungsgrund, der den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, für die Unverbindlichkeit der Klauseln für den Verbraucher zu sorgen. Ob Behörden oder Gerichte im Streitfall die Kompetenz zur nachträglichen Feststellung der Unverbindlichkeit einer Klausel haben, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen³⁷⁵.

In Satz 2 wird in Anlehnung an § 6 Abs. 1 AGBG eine Teilunwirksamkeitsregelung getroffen, nach der nur die missbräuchlichen Klauseln für unwirksam erklärt werden, der restliche Vertrag jedoch wirksam bleibt, sofern die übrigen Vertragsklauseln wirksam bleiben und der Vertrag nach seinem Vertragszweck noch entsprechend dem Parteiwillen durchführbar ist. Die durch die missbräuchlichen Klauseln entstehenden Lücken sind nach den Bestimmungen des nationalen Rechts entweder durch Auslegung oder dispositives Recht zu schließen³⁷⁶.

6. Die verfahrensrechtlichen Regelungsmöglichkeiten

Da Art. 6 Absatz 1 die Unverbindlichkeit bereits vertraglich vereinbarter Klauseln vorsieht, ist erklärtes Ziel von Art. 7 die Verhinderung des Gebrauchs von missbräuchlichen Klauseln³⁷⁷. Art. 7 enthält die dafür erforderlichen verfahrensrechtlichen Regelungen.

Art. 7 Abs. 1 ist eine ganz allgemein gehaltene Vorschrift, nach der die Mitgliedstaaten angemessene und wirksame Mittel zur Beendigung des

³⁷² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6 RiLi, Rn. 4

³⁷³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6 RiLi, Rn. 4

³⁷⁴ In Italien wurde kritisiert, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel, welche im ersten Entwurf der Richtlinie in Art. 3 („... *le clause vessatorie sono nulle*...“) vorgesehen war, nun durch die schwammige Formulierung der Unverbindlichkeit („...*non vincolano il consumatore*...“) ersetzt wurde. Vgl. Busnelli/Morello, Rivista del Notariato 1995, 369, 377; ähnlich Salanitro, Banca, borsa e titoli di credito, der allerdings auf den Entwurf der Kommission vom 05.03.1992 Bezug nimmt. Hierbei fällt jedoch auf, dass die deutsche Fassung des ersten Entwurfs nicht die Nichtigkeit vorsieht, sondern den sehr allgemein gehaltenen Begriff „rechtsungültig“ verwendet. Auch hier kann es sich angesichts der erheblichen Unterschiede der Rechtsfolge (Nichtigkeit, also von Anfang an keine Rechtswirkung eines Rechtsgeschäfts aufgrund von nicht heilbaren Mängeln oder „Rechtsungültigkeit“, also vom nationalen Gesetzgeber noch auszufüllender Begriff, der zwar u. a. die Nichtigkeit impliziert, jedoch auch die allgemeine Rechtsfolge der Unwirksamkeit vorsehen kann) nur um einen weiteren Übersetzungsfehler in der italienischen Version handeln.

³⁷⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6 RiLi, Rn. 3; hingegen spricht sich Roppo, Rivista di diritto civile 1994, 277, 294 für eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte aus.

³⁷⁶ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 6, Rn. 13

Gebrauchs missbräuchlicher Klauseln bereitstellen müssen. Hiernach bleibt es den nationalen Gesetzgebern wie bei Art. 6 Absatz 1 überlassen, im Rahmen der bestehenden oder sogar noch zu schaffenden nationalen Vorschriften die dem jeweiligen Rechtssystem angepassten effektiven Verfahrensmöglichkeiten zu eröffnen. Dieser sehr unbestimmt gefasste Absatz 1 überlässt es den Mitgliedstaaten, Verfahren entsprechend ihrem nationalen Rechtssystem zu durchzuführen. Damit besteht eine Wahlmöglichkeit zwischen gerichtlichen und administrativen Verfahren sowie für das einschlägige Rechtsgebiet (Zivilrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht), die zu erheblichen Unterschieden bei der Umsetzung in den Mitgliedstaaten führen kann³⁷⁸. Auch ist es den Mitgliedstaaten überlassen Eilverfahren einzuführen, welche diese Richtlinie im Gegensatz zur Richtlinie über irreführende Werbung (84/450) und zur Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucher (98/27) nicht explizit vorsieht³⁷⁹.

Dieser Grundsatz der freien Wahl in Absatz 1 wird durch Absatz 2 insofern beschränkt, als letzterer vorschreibt, dass die Mitgliedstaaten neben den von ihnen frei gewählten auch ein von natürlichen Personen oder Organisationen einzuleitendes Kontrollverfahren zur Feststellung der Missbräuchlichkeit von allgemein abgefassten Klauseln vorsehen müssen. Ergänzt wird diese Regelung in Absatz 2 durch Absatz 3, der die möglichen Passivlegitimierten dieses Verfahrens bestimmt.

Dieses in Art. 7 Absatz 2 und 3 vorgesehene abstrakt-generelle Kontrollverfahren stellt für sich genommen noch keine Besonderheit dar. Das Institut der Feststellungsklage gibt es in allen Mitgliedstaaten. Neu für

³⁷⁷ Rizzo, *Rassegna di diritto civile* 1993, 582, 593; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 1

³⁷⁸ Bo, *Diritto del commercio internazionale* 1993, 567, 578; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 4, 7. Patti, *Contratto e impresa* 1993, 71, 72 f. spricht von einer unterlassenen Wahl zwischen gerichtlichem und behördlichem Verfahren. Dieses Unterlassen bzw. die positiv eröffnete Wahlmöglichkeit ist auf den fast ausschließlichen deutsch-französischen Einfluss auf die Richtlinie zurückzuführen. In Deutschland eröffnet das AGBG nur ein gerichtliches Verfahren, während das französische Verbraucherschutzgesetz ein behördliches Verfahren vorsieht, nach dem eine beim Ministerium eingerichtete Kommission zuständig ist.

³⁷⁹ Aus dem Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM (2000) 248 endg., S. 23, geht hervor, dass trotz der bestehenden Wahlmöglichkeit die Mitgliedstaaten sich alle für ein gerichtliches Verfahren entschieden haben, welches teilweise vor den ordentlichen Gerichten, teilweise vor besonderen Gerichten (*High Court* in Großbritannien und Irland und *Market Court* in Skandinavien) durchgeführt wird. Italien hat auch ein Eilverfahren vorgesehen.

viele Mitgliedstaaten ist jedoch die Durchführung im Rahmen einer sog. Verbandsklage, die sich sogar auch gegen Verbände richten kann.

Die Einführung einer solchen Verbandsklage beschneidet in keiner Hinsicht die Durchführung eines Individualverfahrens durch die Vertragspartner. Es besteht Einigkeit, dass nach Abschluss von Verträgen durchgeführte Individualverfahren als die klassischen traditionellen Verfahren unter Art. 7 Abs. 1 fallen. Da diese Urteile in der Regel jedoch nur *inter partes* wirken und erst zu einem sehr späten Zeitpunkt, nämlich nach Vertragsschluss und möglicherweise sogar erst nach Vertragserfüllung, eingreifen, wurde zur effektiveren Gewährleistung des Verbraucherschutzes in weiterem Umfang das Kontrollverfahren in Art. 7 Absatz 2 zwingend vorgeschrieben.

Gegenstand des Kontrollverfahrens nach Art. 7 Abs. 2 sind nur allgemein abgefasste Klauseln, also AGB. Wie im deutschen AGBG kommt es dabei nicht auf die objektive Vielzahl von Verwendungen an, sondern auf den subjektiven Verwendungswillen³⁸⁰. Einmalig vorformulierte Klauseln sind damit von einer Überprüfung im Rahmen eines Verfahrens nach Abs. 2 ausgeschlossen. Für diese gilt Art. 7 Abs. 1.

Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lässt eine Kontrolle von AGB erst nach der Verwendung zu, da er darauf abzielt, die Verwendung dieser Klauseln zu beenden (Art. 7 Abs. 2, letzter HS). Damit besteht auch das Kontroll- wie das Individualverfahren in einer nachträglichen Überprüfung der Klauseln auf ihre Missbräuchlichkeit. Dies bedeutet, dass die Klauseln zunächst vom Gewerbetreibenden benutzt werden können, bis sie in einem Individualverfahren *inter partes* oder in einem Kontrollverfahren für missbräuchlich erklärt werden. Für einen effektiven Verbraucherschutz wäre es jedoch – auch angesichts der Dauer von Gerichtsverfahren – von Vorteil, wenn eine präventive Kontrolle von AGB stattfinden könnte.

Den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 allein bzw. im Zusammenspiel mit Art. 6 Absatz 1 betrachtet, scheint eine präventive Kontrolle möglich³⁸¹. Inwieweit

³⁸⁰ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 7

³⁸¹ So auch die Ansicht von Roppo, *Rivista di diritto civile* 1994, 277, 297, der eine präventive Kontrolle und Zulassung von AGB durch die Behörden vorschlägt.

der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 durch Auslegung eine Vorverlegung des Zeitpunktes zulässt, wäre zu prüfen.

Allerdings schließt der Wortlaut des 23. Erwägungsgrundes ausdrücklich eine „Vorabkontrolle“ aus³⁸². Nun ist fraglich, was mit einer Vorabkontrolle (*prior control*) gemeint ist. Nachdem Art. 7 keine Zulassung oder Genehmigung der Klauseln, bevor diese in Verkehr gebracht werden, regelt, sondern die Verhinderung einer weiteren Verwendung, wird erstes wohl mit Vorabkontrolle gemeint sein. Außerdem müsste dann bei einer derartigen Kontrolle auch dem Gewerbetreibenden ein Antragsrecht zustehen, was nicht der Fall ist. Auch deshalb scheidet ein präventives Verfahren aus. Jedoch sind die Mitgliedstaaten nach Art 8 frei, ein solches Verfahren im nationalen Recht vorzuschreiben³⁸³.

Solche präventiven Verfahren sind unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes wahrscheinlich effektiver als die von der Richtlinie vorgesehenen Verfahren nach Gebrauch der Klauseln. Insbesondere bei den Individualverfahren muss nach Gebrauch der Klausel der Verbraucher erst einmal dieses Verfahren einleiten, sofern er dies überhaupt macht. Gleiches gilt auch für die Verbraucherverbände, die erst einmal Kenntnis von den Klauseln erlangen müssen. Zudem stellt sich dann das Problem der Bindungswirkung der Urteile, die in der Regel nur *inter partes* gelten. Bei einem entsprechenden präventiven Verfahren könnten diese Probleme vermieden werden, so dass bereits kontrollierte Klauseln in Umlauf gelangen. Die Einführung solcher präventiven Verfahren nach Art. 8 sollte daher von den Mitgliedstaaten erwogen werden³⁸⁴.

Damit ist aber noch nicht eindeutig klar, ob unbedingt eine Verwendung der Klausel stattgefunden haben muss, um solch ein Verfahren einzuleiten. Zu erwägen wäre auch bereits die Möglichkeit eines Verfahrens nach

³⁸² Von Teilen der Literatur wurden Überlegungen zu einer präventiven Kontrolle im Rahmen von Art. 7 angestellt, die jedoch zurückgewiesen wurden. Vgl. Scalfi, *Responsabilità civile e previdenza* 1993, 435, 442; Patti, *Contratto e impresa* 1993, 71, 73, der aufgrund des 23. Erwägungsgrundes von einer Bevorzugung einer *ex-post*-Kontrolle spricht.

³⁸³ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 15

³⁸⁴ Ein präventive Kontrolle wurde von den Mitgliedstaaten nicht eingeführt. Jedoch haben verschiedene Mitgliedstaaten, allen voran die Niederlande, ein System eingeführt, nach dem die AGB zwischen Verbraucherverbänden und den Gewerbetreibenden bzw. deren Verbänden ausgehandelt werden, und so bereits während der Abfassung eine Kontrolle erfolgt. Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM (2000) 248 endg., S. 28.

Abfassung, wenn diese Klauseln dann verwendet werden sollen. Nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie kann es nicht sein, dass die erste Verwendung abgewartet werden muss, um dieser dann ein Ende zu setzen. Im Sinne des Verbraucherschutzes sollte daher ab dem Zeitpunkt der Abfassung ein Kontrollverfahren möglich sein³⁸⁵.

Hierbei handelt es sich theoretisch um den frühest möglichen Zeitpunkt einer Kontrolle, der allerdings in der Praxis wohl kaum zum Tragen kommt. Denn die nach Abs. 2 antragsberechtigten Personen und Organisationen, die ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, werden in der Regel erst nach der ersten Verwendung der Klauseln von diesen Kenntnis erlangen. Denn diese sog. Verbraucherschützer stehen sich mit den Gewerbetreibenden, insbesondere den großen Industrieunternehmen, in zwei feindlichen Lagern gegenüber mit der Folge, dass die Verbraucherschützer die Angriffe der Gewerbetreibenden in Form von missbräuchlichen Klauseln immer nur nach einer Verwendung zu Fall bringen können. Verhindern können sie diese in der Regel nicht, da zwischen diesen Parteien ein frühzeitiger Informationsaustausch undenkbar ist. Es bleibt daher wohl bei nachträglichen Überprüfungen, wenn die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen.

Während für die Individualverfahren, also insbesondere die Überprüfung von Individualklauseln, die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wohl bereits Regelungen vorsehen, die adaptiert werden können, sind in einigen Rechtsordnungen, wie z.B. Italien, neue Gesetzesbestimmungen für Verbandsklageverfahren erforderlich. Auch hier herrscht Gestaltungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber bezüglich der Verfahrensdurchführung. Allerdings schreibt die Richtlinie in Art. 7 Abs. 2 die möglichen Aktivlegitimierten und in Abs. 3 die möglichen Passivlegitimierten vor. Nach Abs. 2 sind antragsberechtigt natürliche Personen oder Organisationen gleich welcher Rechtsform, die nach dem nationalen Recht anerkanntermaßen ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben³⁸⁶. Hierbei darf es sich jedoch nicht um das Interesse

³⁸⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 7

³⁸⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 9 f.

einzelner Verbraucher, sondern muss es sich um das kollektive Interesse der Verbraucher als Gesamtheit oder einzelner Verbrauchergruppen handeln³⁸⁷. Die Antragsberechtigung ist sehr unbestimmt formuliert und wird daher durch das nationale Recht ausgefüllt werden, was zu abweichenden Regelungen in den Mitgliedstaaten führen kann.

Während die Aktivlegitimierten zwingend vorgeschrieben werden, lässt Art. 7 Abs. 3 den Mitgliedstaaten verschiedene Möglichkeiten der Umsetzung in Bezug auf die Passivlegitimierung³⁸⁸. Dem Sinn und Zweck der Richtlinie entsprechend muss zumindest die Klage gegen den verwendenden Gewerbetreibenden gerichtet werden. Alle weiteren Möglichkeiten verstärken jedoch den Verbraucherschutz, insbesondere dann, wenn die Möglichkeit besteht, gegen den Verband in Bezug auf die von ihm seinen Mitgliedern empfohlenen Klauseln zu klagen (Art. 7 Abs. 3). Ein solches Verfahren hätte eine erhebliche Konzentrationswirkung und würde viele Einzelprozesse ersparen. Nach Art. 8 kann der Kreis der Klagegegner sogar noch erweitert werden.

Schließlich ist aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensarten zu erwähnen, dass die Beurteilung der Missbräuchlichkeit in einem Individualverfahren anhand der oben dargestellten Art. 3 und 4 erfolgen wird, während Art. 4 logischerweise bei Prüfung im Rahmen des Verbandsverfahrens nicht anwendbar ist³⁸⁹. Aus Art. 7 Abs. 2 und 3 geht vielmehr hervor, dass bei Überprüfung von AGB ein abstrakt-genereller Kontrollmaßstab Anwendung findet³⁹⁰.

Diese Regelungen sind alle recht unbestimmt und durch die nationalen Gesetzgeber auszufüllen. Dies gilt insbesondere für die Frage der Urteilswirkung, die ebenfalls nicht von der Richtlinie geregelt ist. Urteile in Individualverfahren wirken nach allgemeiner Rechtsregel nur *inter partes*, so dass die als missbräuchlich erachtete Klausel vom Gewerbetreibenden im

³⁸⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 10; Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 17, der voraussetzt, dass den Personen oder Organisationen vom nationalen Recht die Klagebefugnis eingeräumt wird oder das Interesse am Verbraucherschutz attestiert wird.

³⁸⁸ Es handelt sich hierbei um eine Ermessensvorschrift („können“); vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 23, der die in Betracht gezogene Möglichkeit, dass gegen alle dort Aufgezählten eine Klagemöglichkeit bestehen müsse, als nicht haltbar verwirft.

³⁸⁹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 4, Rn. 3

³⁹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 8

nächsten Vertrag wieder verwendet werden könnte. Gilt die *inter partes* Regelung auch für die Verbandsverfahren, so wäre die Wirkung des Urteils ebenfalls recht beschränkt. Im Sinne des Verbraucherschutzes müsste es daher eine Möglichkeit geben, eine in einem Kontrollverfahren³⁹¹ für missbräuchlich erachtete Klausel allgemein für missbräuchlich zu erachten und ihre Verwendung zu untersagen, damit unnötige Prozesse über dieselben Klauseln vermieden werden. Dies scheint auch die Richtung zu sein, die die Richtlinie verfolgt, wenn sie in Art. 7 Abs. 2 – anders als in Art. 6 – regelt, dass der Verwendung dieser allgemeinen Klauseln ein Ende gesetzt wird. Die konkrete Umsetzung dieser Maßgabe bleibt jedoch den Mitgliedstaaten überlassen³⁹².

7. Die übrigen Regelungen der Richtlinie

Die Richtlinie hat der Kritik Rechnung getragen und in Art. 5 Satz 1 das sog. Transparenzgebot verankert. Hiernach müssen schriftlich niedergelegte Klauseln klar und verständlich abgefasst werden. Die von der Richtlinie ebenfalls erfassten mündlichen Klauseln werden durch den Wortlaut von Art. 5 Satz 1 ausgenommen. Hier besteht jedoch Einigkeit, dass das Tatbestandsmerkmal der Schriftlichkeit möglichst weit auszulegen ist³⁹³. Die Sanktionen für einen Verstoß gegen das Transparenzgebot liegen im Ermessen der Mitgliedstaaten, da die Richtlinie außer der Regelung der sog. Unklarheitenregel in Art. 5 Satz 2 als eine von vielen möglichen Rechtsfolgen nichts vorsieht.

³⁹¹ Im Rahmen von Individualverfahren ist die Erstreckung der Wirkungen des Urteils über den Prozess hinaus normalerweise nicht möglich, da eine Überprüfung oft inzident im Rahmen eines Rechtsstreits und mit Hilfe von individuell-konkreten Kriterien gemäß Art. 4 erfolgt, sofern nicht eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung des Missbräuchlichkeitsurteils erfolgen kann, vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 3.

³⁹² Spanien hat deshalb eine Registrierung von Urteilen vorgeschrieben, die dann allgemein gelten und auf die sich jeder Verbraucher berufen kann, wenn er vor Gericht geht. Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM (2000) 248 endg., S. 25.

³⁹³ Während eine Ansicht für die Schriftlichkeit auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt und so zuvor mündlich erklärte und dann schriftlich fixierte Klauseln bzw. schriftlich fixierte und dann mündlich wiedergegebene Klauseln einbeziehen will (Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 5, Rn. 3), geht eine andere Ansicht davon aus, dass das Transparenzgebot auch auf mündliche Klauseln auszudehnen sei, da der 20. Erwägungsgrund die Beschränkung auf schriftliche Klauseln gerade nicht wiedergebe und zudem Art. 4 Abs. 2, der auch auf mündliche Klauseln anwendbar ist, auf das Transparenzgebot verweist (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 5 RiLi, Rn. 6). Beide Ansichten verweisen ausdrücklich auf Art. 8 bezüglich einer Umsetzung auch für mündliche Klauseln.

Nach Satz 2 ist bei Zweifeln bezüglich der Auslegung der Klausel die für den Verbraucher günstigste Auslegung zu wählen. Die in Art. 5 Satz 2 geregelte Unklarheitenregel ist gemäß Art. 5 Satz 3 nur im Individualprozess anwendbar. Dies ist logisch, da die Unklarheitenregel auf den konkret-individuellen Fall abstellt, bei dem es sich im Verbandsklageverfahren gerade nicht handelt. Dort reicht das Transparenzgebot als Auslegungsmaßstab aus, da hier der Grundsatz der kundenfeindlichen Auslegung herrscht. Folge dieser Auslegung ist, dass diese Klauseln missbräuchlich und damit unverbindlich sind. Diese kundenfeindliche Auslegungsweise ist auch im Individualprozess erlaubt, wenn die Unverbindlichkeit für den Kunden insgesamt günstiger ist.³⁹⁴

In Art. 6 Abs. 2 hat die Richtlinie - ohne Zusammenhang mit der Unverbindlichkeitsregelung in Art. 6 Abs. 1 – eine Regelung für Rechtswahlklauseln getroffen, die häufig in „grenzüberschreitenden“ Verträgen zu finden sind. Zum Schutze des Verbrauchers müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit der Verbraucherschutz der Richtlinie nicht durch eine Rechtswahlklausel, die als anwendbares Recht das Recht eines Drittstaates bestimmt, untergraben wird. Diese Schutzpflicht ist dadurch eingeschränkt, dass sie nur für die Fälle gelten soll, in denen der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist³⁹⁵. Diese Einschränkung wird durch die Richtlinie nicht näher konkretisiert. Die Begriffe sind wie alle Begriffe der Richtlinie europäisch-autonom auszulegen. Als Leitbild für eine Auslegung wird das EÜV erachtet, welches u. a. in Art. 5 EÜV verbrauchervertragliches Kollisionsrecht regelt. Aus dem Zusammenspiel

³⁹⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 5 RiLi, Rn. 9. Vgl. auch Roppo, *Rivista di diritto civile* 1994, 277, 294 f., der bei seinen Überlegungen zu dem paradoxen Ergebnis kommt, dass eine im Ergebnis für den Verbraucher ungünstigere Regelung nach Art. 5 Satz 2 zum Tragen kommt, als wenn die Klausel für unwirksam erklärt würde. Hierbei übersieht Roppo, dass eine missbräuchliche Klausel nicht durch Auslegung gültig werden kann, da eine geltungserhaltende Reduktion dem Sinn und Zweck der Richtlinie widerspricht, die das vertragliche Ungleichgewicht zum Nachteil des Verbrauchers aufheben will. Daher ist in dem von Roppo angesprochenen Fall von der Unwirksamkeit der Richtlinie auszugehen.

³⁹⁵ Nach dem Wortlaut ist Art. 6 Abs. 2 bei Bestimmung des anwendbaren Rechts nach den Regelungen des internationalen Privatrechts oder internationalen Übereinkommen nicht anwendbar vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6 RiLi, Rn. 10 ff; hingegen plädiert Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 6, Rn. 33 ff. aus Gründen des Verbraucherschutzes für eine analoge Anwendung auch in Fällen ohne Rechtswahl, da ansonsten Art. 6 Abs. 2 nur Anwendung finden würde, wenn statt des objektiv anwendbaren Rechts eines Mitgliedstaates das Recht eines Drittstaates gewählt würde. Damit würden aber die Fälle nicht erfasst, bei denen sich erst durch Kumulation der im Einzelnen nicht engen Kontakte ein enger Bezug zum Binnenmarkt ergibt. Auch diese Fälle müssen mit einbezogen werden, da der Gesetzgeber einen umfassenden Schutz für alle „EG-Binnensachverhalte“ angestrebt habe.

mit dem EÜV wird sich ein einheitliches komplexes System zur Bestimmung des anwendbaren Rechts und damit des Eingreifens des Schutzmechanismus der Richtlinie ergeben³⁹⁶.

Eine ganz wichtige Regelung der Richtlinie findet sich schließlich in Art. 8, der bereits mehrfach erwähnt wurde. Dieser erlaubt den Mitgliedstaaten im Anschluss an Art. 100 a E(W)GV auch strengere Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie zu erlassen, da es sich bei der Richtlinie nur um Mindeststandards handelt (17. Erwägungsgrund). Ziel strengerer Vorschriften, die im Einklang mit dem EGV stehen müssen, muss ein höheres Verbraucherschutzniveau sein, welches für die Verbraucher im Allgemeinen günstigere Vorschriften bzw. stärkere Schutzvorschriften zur Folge haben muss.

V. Die Verteilung der Beweislast

Hinsichtlich des zu untersuchenden Themas der Beweislast enthält die Richtlinie im Gegensatz zum ersten Entwurf eine ausdrückliche Regelung. Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie bestimmt jedoch nur, dass dem Gewerbetreibenden, der behauptet, dass eine Standardvertragsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, die Beweislast obliegt³⁹⁷.

1. Das Individualverfahren

Eine allgemeine Regelung über die allgemeine Beweislastverteilung enthält die Richtlinie nicht. Eine solche allgemeine Beweislastregelung ist auch nicht erforderlich, da in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die gleiche grundlegende Regelung gilt: Der Anspruchsteller hat die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen und der

³⁹⁶ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 6, Rn. 48 ff. zur Darstellung des Zusammenspiels von EÜV und RL.

³⁹⁷ Die Regelung über die Beweislast stammt aus dem geänderten Vorschlag der Kommission (Kom (92) 66 – SYN 285 vom 4.3.1992). Art. 3 Abs. 2 Satz 3 lautet: „Behauptet ein Gewerbetreibender, dass eine Vertragsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde, so obliegt ihm die Beweislast.“ Das Wort „Vertragsklausel“ wurde dann durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 22.9.1992 (ZIP 1992, 1591 ff.) in „Standardvertragsklausel“ abgeändert, da der von der Kommission vorgesehene Anwendungsbereich (sowohl ausgehandelte als auch nicht ausgehandelte Klauseln) durch den Gemeinsamen Standpunkt auf nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln beschränkt wurde.

Gegner die Tatsachen, die seine Einwände begründen³⁹⁸. Sofern keine besondere Regelung vorliegt, ist also von dieser Grundregel auszugehen.

In den bisher erlassenen Richtlinien wurde daher mit Bestimmungen zur Beweislastverteilung auch äußerst sparsam umgegangen. Teilweise bestärkten diese Regelungen die allgemeine Beweislastverteilung, teilweise wichen sie von dieser jedoch ausdrücklich ab³⁹⁹. Zu welcher Kategorie eine Beweislastregelung gehört, kann nur mit Hilfe der Grundregel festgestellt werden.

Folgende Prozesssituationen sind denkbar: Im Rahmen eines Individualprozesses klagt ein Verbraucher auf Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel oder auf eine Leistung, die durch eine missbräuchliche Klausel ausgeschlossen ist. Im letzteren Fall findet dann eine inzidente Überprüfung der Klausel statt. Gleiches gilt, wenn ein Gewerbetreibender auf eine Leistung unter Berufung auf eine Klausel aus dem Vertrag klagt und der Verbraucher sich auf die Missbräuchlichkeit der Klausel beruft. Alleiniger Gegenstand des Verbandsklageverfahrens ist hingegen die Feststellung der Missbräuchlichkeit der Klauseln auf Antrag der aktivlegitimierten Verbände.

Nach der Grundregel ergibt sich folgende Verteilung der Beweislast für die prozessuale Missbrauchskontrolle nach Art. 3:

Die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel gemäß Art. 3 Abs. 1 ist nach den vorstehenden Prozesssituationen stets im Interesse des Verbrauchers - oder im Falle einer Verbandsklage des klagenden Verbandes -, weshalb dieser die anspruchsbegründenden Tatsachen der Generalklausel nachzuweisen hat. Der Verbraucher muss demnach grundsätzlich beweisen, dass es sich um einen Verbrauchervertrag, also einen Vertrag zwischen ihm und einem Gewerbetreibenden handelt, dessen streitgegenständliche Vertragsklausel nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, und die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht (Art. 3

³⁹⁸ Bülow, EWS 1997, 155, 156

Absatz 1). Inwieweit der Verbraucher die diesen Tatbestandsmerkmalen zugrunde liegenden Tatsachen im Einzelnen beweisen muss, wird nachfolgend für jedes Tatbestandsmerkmal untersucht werden.

Ein möglicher Einwand von Seiten des Gewerbetreibenden, es handele sich hierbei um eine individuell ausgehandelte Klausel, die also nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle, wäre - ganz allgemein - von diesem zu beweisen. Die Richtlinie enthält keine ausdrückliche Regelung für einen solchen Einwand, sondern spielt nur im Rahmen der Beweislastregelung in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 auf einen solchen an. Wie dieser beweisrechtlich zu qualifizieren ist (Haupt- oder Gegenbeweis) soll auch Gegenstand der folgenden Ausführungen sein, die sich zunächst auf den Individualprozess konzentrieren. Das Verbandsklageverfahren wird dann in einem gesonderten Kapitel behandelt.

a) Verbrauchervertrag

Erstes, nicht in Art. 3 ausdrücklich erwähntes, für den Anwendungsbereich der Richtlinie entscheidendes und daher nachzuweisendes Tatbestandsmerkmal ist das des Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie). Begehrt der Verbraucher im Individualprozess die Feststellung der Missbräuchlichkeit im Rahmen einer Feststellungs- oder Leistungsklage, so hat er nach der Grundregel das Vorliegen eines sog. Verbrauchervertrages zu beweisen, indem er nachweist, dass er als natürliche Person weder zu gewerblichen noch beruflichen Zwecken einen Vertrag mit einem Gewerbetreibenden geschlossen hat, unter dessen beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit dieser Vertragsschluss fällt. Dies gilt auch für den Fall einer Leistungsklage eines Gewerbetreibenden, der zwar in der Regel den Vertragsschluss, jedoch nicht die Eigenschaften der Vertragsparteien zu beweisen hat. Dies ist auch im Verteidigungsfall Sache des Verbrauchers. Sofern die Eigenschaften der Vertragsparteien nicht unstreitig sind, sondern vielmehr Zweifel bestehen, ob die verlangten Eigenschaften erfüllt werden, kann die Beweisführung für

³⁹⁹ Z.B. Bekräftigung der Beweislastverteilung in Art. 4 der Produkthaftungsrichtlinie. Anders Art. 7 der Produkthaftungsrichtlinie, der die Beweislast durch Vermutung umkehrt und dem Hersteller einen

den Verbraucher unter Umständen Schwierigkeiten bereiten. Insofern ist zu erwägen, inwieweit diesem die Beweisführung erleichtert werden kann.

Diese Definition der Verbrauchereigenschaft erinnert u. a. an Art. 29 EGBGB, der Art. 5 des Römischen Schuldvertragsabkommens (EVÜ) entspricht⁴⁰⁰. Auch dort wird die Verbrauchereigenschaft damit begründet, dass der Vertragszweck nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten (Verbrauchers) zugerechnet werden kann⁴⁰¹. Sofern dieser Vertragszweck nicht eindeutig bestimmt oder erkennbar ist, wird bei Art. 29 EGBGB im Zweifel stets ein Verbrauchervertrag angenommen⁴⁰². Bei einem *non liquet* geht dies dann zu Lasten des Vertragspartners⁴⁰³. Danach handelt es sich im Rahmen von Art. 29 EGBGB also um eine tatsächliche Vermutung, die der Vertragspartner des Verbrauchers widerlegen muss.

Für den beweisbelasteten Verbraucher würde eine solche Vermutung eine erhebliche Erleichterung bedeuten. Fraglich ist nur, ob eine solche auch von der Richtlinie gedeckt wäre. Ausgehend vom Sinn und Zweck der Richtlinie als Instrument des Verbraucherschutzes kann einer Vermutung kein Hindernis im Wege stehen. Jedoch kann die nach Art. 29 EGBGB angenommene Vermutung nicht einfach auf die Richtlinie 93/13 übertragen werden. Dies ist bedingt dadurch, dass der Verbraucherbegriff zwar darauf abstellt, dass die natürliche Person nicht im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt, gleichzeitig jedoch ein Vertragsschluss mit einem Gewerbetreibenden verlangt wird, der im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. Die letzte Voraussetzung wird von Art. 29 EGBGB für den Verbrauchervertrag nicht gefordert, weshalb man den Verbraucherbegriff in der Richtlinie auch als zweiseitig funktional versteht⁴⁰⁴. Nicht nur in diesem Punkt weichen die beiden Regelungen

Entlastungsbeweis auferlegt.

⁴⁰⁰ Ähnlich auch § 1 VerbrKrG, der auf der Verbraucherkreditrichtlinie basiert. Auch hier wird der Verbraucher als natürliche Person definiert, der den Kredit gerade nicht für seine beruflichen oder gewerblichen Zwecke aufnimmt. § 1 VerbrKrG verteilt in Anlehnung an die Richtlinie die Beweislast anders als die Richtlinie 93/13: Nach § 1 VerbrKrG ist es unzweifelhaft, dass davon auszugehen ist, dass der Vertragspartner stets als Verbraucher handelt, andernfalls hat der Kreditgeber die gewerbliche oder berufliche Zweckbestimmung zu beweisen (vgl. Bülow, NJW 1990, 2534, 2535). Es stellt sich daher die Frage, warum in der RL 93/13, gerade weil die Bestimmung des Verbraucherbegriffs schon mehrfach verwendet wurde, nicht ebenfalls die Beweislast wie im Verbraucherkreditgesetz verteilt wurde.

⁴⁰¹ Reithmann/Martiny, Rn. 716

⁴⁰² Reithmann/Martiny, Rn. 717

⁴⁰³ Pfeiffer, NJW 1999, 169, 174

⁴⁰⁴ Freitag/Leible, EWS 2000, 342, 344; Reithmann/Martiny, Rn. 717

voneinander ab, sondern auch darin, dass die Vertragsart in Art. 29 EGBGB gesetzlich vorgegeben ist, während die Richtlinie auf alle Verträge Anwendung finden soll.

Unabhängig von Art. 29 EGBGB gibt die Richtlinie keinen Ansatzpunkt für eine derartige Vermutung, so dass grundsätzlich dem Verbraucher die Beweislast obliegt. Allerdings wird es dem Verbraucher nicht schwer fallen, darzulegen und zu beweisen, ob er selbst den Vertragsgegenstand für private oder berufliche oder gewerbliche Zwecke benötigt hat.

Gleiches gilt auch für das Tatbestandsmerkmal des Gewerbetreibenden. Jedoch wird auch hier der Beweis in der Regel kein Problem darstellen, da sich, zumindest bei schriftlichen Verträgen, bereits aus der Bezeichnung des Gewerbetreibenden seine Eigenschaft nachweisen lässt. Im Übrigen ist auch aufgrund der Tatsache, dass Beweisschwierigkeiten diesbezüglich kaum auftreten werden, eine Einflussnahme auf die Beweislast auch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes nicht geboten.

Für Einwendungen des Gewerbetreibenden, dass der Verbraucher nicht für private Zwecke bzw. er selbst gerade für private Zwecke gehandelt hat, um so die Anwendung der Richtlinie zu ausschließen, obliegt ihm die Beweislast in der Form des Gegenbeweises.

b) Nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklauseln

Auch dieses Tatbestandsmerkmal hat der Verbraucher nach der Grundregel zu beweisen. Dieser Hauptbeweis wird jedoch nicht so einfach zu führen sein, da es sich um ein negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal handelt.

Auch negative Tatbestandsmerkmale sind grundsätzlich vom Beweisbelasteten zu beweisen⁴⁰⁵, selbst dann, wenn hierbei in der Regel erhebliche Beweisschwierigkeiten bestehen, weshalb diese in den meisten europäischen Gesetzgebungen nicht zu häufig zu finden sind⁴⁰⁶. Denn etwas unbestimmtes Negatives zu beweisen, ist eigentlich, auch nicht durch eine

⁴⁰⁵ Dies entspricht der allgemeinen Auffassung in allen europäischen Rechtsordnungen, auch wenn dies früher aufgrund eines römischen Rechtssatzes, der aus mehreren Quellen zusammengefasst lautete: *affirmanti incumbit probatio non neganti*, nicht vertreten wurde. So auch die bereits überholte sog. Negativentheorie, nach der nur positive Tatsachen zu beweisen waren. Vgl. hierzu Rosenberg, S. 330 ff.

⁴⁰⁶ Baumgärtel, Rn. 337

unendliche Anzahl von positiven Tatsachen möglich, sofern es sich nicht um das Nichtzutreffen einer bestimmten Tatsache handelt. In diesem Fall kann und muss der Beweis (z. B. durch den positiven Beweis des Gegenteils) erbracht werden, während im ersten Fall diese Möglichkeit gerade nicht besteht und dem Beweisbelasteten daher nur Beweiserleichterungen zu gute kommen können. Sowohl in Italien als auch in Deutschland wird für diesen Fall eine echte Beweislastumkehr abgelehnt⁴⁰⁷. Während in Italien die Beweisschwierigkeiten mit Hilfe von Vermutungen, die auf positiven Tatsachen beruhen, erleichtert werden, werden in Deutschland Beweiserleichterungen in Form des Anscheinsbeweises und der Beweismaßreduzierung bevorzugt⁴⁰⁸. Auch das in Art. 3 Abs. 1 verwendete negative Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ fällt als unbestimmte negative Tatsache unter die zuletzt angesprochene Fallgruppe.

Da somit Beweisschwierigkeiten vorprogrammiert sind, kommt zum einen der Definition in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 neben der inhaltlichen auch noch eine beweisrechtliche Bedeutung zu. Nach Abs. 2 Satz 1 wird eine Klausel stets als nicht im Einzelnen ausgehandelt betrachtet, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher aus diesem Grund keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte. Zum anderen bezieht sich auch Art. 3 Abs. 2 Satz 3 auf das Aushandeln. Wie bereits oben bei der Darstellung des sachlichen Anwendungsbereichs angesprochen, gibt es verschiedene Lesarten von Art. 3 Abs. 2, weshalb es nicht nur über den Charakter der beiden Vorschriften in der Literatur abweichende Ansichten gibt, sondern auch über das Zusammenspiel von Satz 1 und Satz 3 untereinander und in Bezug auf Art. 3 Abs. 1.

aa) Art. 3 Abs. 2 Satz 1

Art. 3 Abs. 2 Satz 1 bezieht sich auf das in Art. 3 Abs. 1 enthaltene negative Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ und bestimmt, dass Klauseln stets als nicht ausgehandelt anzusehen sind, wenn sie im Voraus

⁴⁰⁷ Baumgärtel, Rn. 335, 340, 344; Patti, S. 53, insbesondere Fn. 3

⁴⁰⁸ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 2697 c.c., Anm. IV, Rn. 2; Baumgärtel, Rn. 351

abgefasst wurden und der Verbraucher deshalb keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte.

Das Tatbestandsmerkmal „im voraus abgefasst“ verlangt, dass die Klauseln vor Verhandlungsbeginn abgefasst wurden, ohne mit dem Verbraucher besprochen zu sein. Unerheblich hierbei ist, wer diese formuliert hat, in welcher Form und ob für eine einzige Verwendung oder eine Vielzahl von Fällen⁴⁰⁹. Ein direkter Beweis der Abfassung im Voraus wird dem Verbraucher, der gerade nicht dabei ist, nicht möglich sein. Jedoch besteht in beiden Ländern in Bezug auf die parallele Sachlage bei AGB eine ständige Rechtsprechung, die insofern entsprechend herangezogen werden könnte. Nach deutschem Recht besteht die Möglichkeit eines Anscheinsbeweises, wenn die Klauseln vordruckt sind⁴¹⁰. Entsprechend geht die italienische Rechtsprechung von AGB bei einem Formular aus.

Bei der fehlenden Einflussnahme des Verbrauchers hingegen besteht zwar Einigkeit im Ergebnis, dass der Verbraucher gehindert war, gestaltend auf den Inhalt der Klausel einzuwirken⁴¹¹. Streitig ist hier jedoch, ob der Einfluss des Verbrauchers und damit die Verneinung des Tatbestandsmerkmals bereits schon mit der realen Möglichkeit der Einflussnahme beginnt⁴¹² oder erst bei einer tatsächlichen Änderung des Klauseltextes⁴¹³ (vgl. oben). Problematisch ist hier wiederum, dass es sich um ein negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal handelt. Während bei der Ansicht der wirklichen Einflussnahme eine Änderung des Klauseltextes vorausgesetzt wird, so dass der Beweis in Form des positiven Gegenteils erbracht werden kann, und damit keine Beweisschwierigkeiten bestehen, gilt dies gerade nicht für die andere Ansicht der realen Einflussnahmemöglichkeit. Auch hier muss dem Verbraucher wieder im Wege der Beweiserleichterungen geholfen werden.

⁴⁰⁹ Im Ergebnis auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 22

⁴¹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1 AGBG, Rn. 61

⁴¹¹ So der englische Text der Richtlinie: „...and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the contract...“

⁴¹² Eckert, WM 1993, 1070, 1073; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 21, die lediglich aufgrund der entsprechenden Auslegung des deutschen AGBG von dieser Ansicht ausgehen, um eine etwaige Änderung des AGBG durch die Richtlinie zu vermeiden.

⁴¹³ v. Westphalen, EWS 1993, 161, 163, der von einer tatsächlichen Einflussnahme des Verbrauchers ausgeht, da er den Wortlaut der Richtlinie positiv formuliert, dass der Verbraucher Einfluss auf den Inhalt habe. Damit reicht für ihn die Einflussnahmemöglichkeit durch die Dispositionsbereitschaft des Gewerbetreibenden nicht für eine Verneinung des Tatbestandsmerkmals aus. Allerdings hat v. Westphalen durch seine positive Fassung, auch wenn er einfügt, „freilich negativ formuliert“, den Wortlaut in sein Gegenteil verkehrt, so dass er zwangsläufig zu diesem Ergebnis kommen muss.

Hinzu kommt schließlich noch das ungeschriebene Merkmal der Kausalität, welches sich nur aus dem verwendeten Wort „deshalb“ ableiten lässt. Die Vorformulierung muss also kausal für die fehlende Einflussnahme gewesen sein, wobei unter Kausalität eine relevante Kausalität im Sinne einer wesentlichen Ursache zu verstehen ist⁴¹⁴.

Die drei genannten Voraussetzungen müssen gegeben sein, damit eine Klausel „immer dann“, so die deutsche Version⁴¹⁵, als nicht im Einzelnen ausgehandelt gilt. Das in der deutschen, englischen und französischen Sprachversion enthaltene Wort „immer“ ist im Zusammenhang mit dem in allen hier benutzten Sprachversionen verwendeten Wort „betrachtet“ zu sehen. Diese geben den Hinweis darauf, dass es sich in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 um eine gesetzliche Vermutung für eine nicht im einzelnen ausgehandelte Klausel handeln könnte.

Bei einer Vermutung wird bekanntlich von einer oder mehreren außerhalb des Tatbestandes liegenden Tatsachen auf eine Tatsache geschlossen, die zur Verwirklichung des Tatbestandes relevant ist. Auch hier wird angenommen, dass eine Klausel nicht im Einzelnen ausgehandelt ist, wenn sie zum einen im Voraus abgefasst ist, und zum anderen dies der Grund ist, weshalb der Verbraucher keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte. Hierbei handelt es sich um drei Tatbestandsmerkmale, die nicht in Art. 3 Abs. 1 zu finden sind, weshalb hier von einer gesetzlichen Vermutung zugunsten des Verbrauchers auszugehen ist⁴¹⁶. Es ist nur merkwürdig, dass der Gesetzgeber sich nicht klarer ausgedrückt hat und nicht an Stelle von „betrachten“ den eindeutigen und richtigen Terminus „vermuten“ gewählt hat⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 20

⁴¹⁵ Diese beiden Wörter fehlen in der italienischen Textfassung. In der englischen heißt es nur „always“ und in der französischen „toujours“, weshalb die deutsche Übersetzung „immer dann“ nicht ganz korrekt ist, weil es nur „immer“ heißen müsste. Das Wort „dann“ könnte möglicherweise als Abschwächung verstanden werden, die nach dem englischen und französischen Text nicht gegeben ist.

⁴¹⁶ So auch Salanitro, Banca, borsa e titoli di credito 1993, 545, 549; Scalfi, Responsabilità civile e previdenza 1993, 435, 436; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 24; Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 8; a. A. Remien, ZEuP 1994, 34, 48, der in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 lediglich von „weitere(n) Präzisierungen“ spricht.

⁴¹⁷ Weder in der italienischen, noch in der englischen oder französischen Sprachversion wurde der Begriff der Vermutung verwendet, sondern vielmehr Umschreibungen wie „betrachten, ansehen, erwägen“. Grund hierfür könnte sein, den Mitgliedstaaten neben der Vermutung andere Möglichkeiten zu eröffnen, z.B. wie den deutschen Anscheinsbeweis.

Es könnte sich bei der Wortwahl jedoch möglicherweise um einen weiteren Hinweis handeln, dass es sich um eine widerlegbare Vermutung handelt. Denn in der Tat ist es in der Literatur streitig, ob es sich bei dieser Vermutung um eine widerlegbare oder unwiderlegbare Vermutung handelt. Während eine Ansicht davon ausgeht, dass die Beweislastregelung in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 die Widerlegung der Vermutung für Standardverträge gestatte⁴¹⁸, hält die Gegenansicht die Beweislastregel nur in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 anwendbar und geht deshalb von einer unwiderlegbaren Vermutung aus⁴¹⁹. Ob es sich um eine unwiderlegbare oder widerlegbare Vermutung handelt, hängt also nach den zuvor angesprochenen Ansichten nur davon ab, ob sich Art. 3 Abs. 2 Satz 3 nur auf Art. 3 Abs. 1 oder auch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 bezieht. Aus diesem Grund soll daher an dieser Stelle zunächst auf Art. 3 Abs. 2 Satz 3 eingegangen werden.

bb) Art. 3 Abs. 2 Satz 3

Nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Satz 3 obliegt dem Gewerbetreibenden in Abweichung von der Grundregel die Beweislast für das Aushandeln, wenn er behauptet, dass eine Standardvertragsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde. Anders als Art. 3 Abs. 2 Satz 1 bezieht sich die Beweislastregelung in Satz 3 jedoch nur auf Standardvertragsklauseln.

Der Begriff der Standardvertragsklausel wird von der Richtlinie nicht definiert. Es ist aufgrund der bereits vorgenommenen Definition des Begriffs Standardvertrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 anzunehmen, dass es sich bei der Standardvertragsklausel um eine einzelne AGB handelt. Trotzdem soll dies noch einmal näher beleuchtet werden.

Der Begriff Standardvertragsklausel wurde durch die Richtlinie ins deutsche Recht eingeführt, welches den Begriff bislang nicht als feststehenden Begriffe verwendete. Anders im englischen Recht, wo der Begriff *standard term* bereits im *Unfair Contract Terms Act* von 1977 bzw. 1994 als *standard*

⁴¹⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 24; Scalfi, Responsabilità civile e previdenza 1993, 435, 436

⁴¹⁹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 8; Pardolesi, Studi in memoria di G. Gorla, 1478; Workshop 1 „The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts“ der Europäischen Konferenz in Brüssel vom 1. – 3.7.1999 über die Richtlinie 93/13, Preliminary Document, S. 95, jeweils ohne nähere Begründung.

terms of business zur Bestimmung des Anwendungsbereichs benutzt wird, dieser jedoch ebenfalls nicht gesetzlich definiert wird. Es ist anzunehmen, dass dieser Begriff aufgrund der Übersetzung des englischen Richtlinien textes im Deutschen verwandt wurde.

In der deutschen Literatur wird der Begriff der Standardvertragsklauseln ohne weiteres mit dem der AGB gleichgesetzt, wobei auch nicht zwischen den Begriffen Standardvertrag und Standardvertragsklausel differenziert wird⁴²⁰. Die fehlende Differenzierung ist schon deshalb zu kritisieren, weil es sich bei einer Standardvertragsklausel um eine einzelne Klausel handelt, während sich ein Standardvertrag bereits sprachlich aus mehreren Standardvertragsklauseln zusammensetzt. Eine Standardvertragsklausel kann, muss jedoch nicht zwingend in einem Standardvertrag enthalten sein. Sie kann theoretisch auch Bestandteil eines teilweise im Übrigen ausgehandelten Vertrages sein⁴²¹.

Auch die anderen Sprachfassungen benutzen für Standardvertrag und Standardvertragsklausel verschiedene Termini⁴²². Der hier relevante Begriff der Standardvertragsklausel wird im Gegensatz zum Standardvertrag in den anderen Sprachfassungen wortwörtlich übersetzt. Nachdem die Richtlinie als sachlichen Anwendungsbereich die Missbrauchskontrolle u. a. für vorformulierte Klauseln für einmalige und mehrfache Verwendung eröffnet, ist in dieses Spektrum die Standardvertragsklausel einzuordnen. In allen Sprachen wird als Standardklausel eine vorformulierte Klausel für eine Verwendung in einer Mehrzahl von Fällen verstanden, so dass diese Definition auch als europäisch-autonome anzusehen ist. Die Gleichsetzung der deutschen Literatur von Standardvertragsklausel und AGB ist daher im Ergebnis richtig⁴²³.

Kapnopolou, S. 95 ff., die sich ebenfalls mit dem Thema der Beweislast auseinandersetzt, lässt es offen, ob es sich hierbei um eine widerlegbare oder unwiderlegbare Vermutung handelt. Auch ist ihrer Ansicht nichts Konkretes über das Zusammenspiel von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 zu entnehmen.

⁴²⁰ Heinrichs, NJW 1995, 153, 155; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 17, der mit Hilfe des englischen und französischen Textes zu diesem Ergebnis kommen will, obwohl diese beiden Textfassungen jeweils unterschiedliche Begriffe verwenden.

⁴²¹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 30

⁴²² So wird „Standardvertrag“ im Italienischen mit *contratto di adesione*, im Französischen mit *contrat d'adhésion*, im Englischen jedoch mit *standard contract* übersetzt; „Standardvertragsklausel“ hingegen hat folgende entsprechende Übersetzungen in gleicher Reihenfolge: *clausola standardizzata*, *clause standardisée*, *standard term*.

⁴²³ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 31 a. E.

Die Art. 3 Abs. 2 Satz 3 zugrunde liegende Idee einer ausgehandelten AGB erscheint in sich widersprüchlich. Trotzdem gibt es solche (wenigen) Fälle, in denen der Gewerbetreibende seine AGB zur Disposition stellt und mit dem Verbraucher verhandelt. Dabei kann es sein, dass man sich einigt, eine Klausel nicht abzuändern, dafür aber eine andere. Nach dem ersten Eindruck scheint die nicht abgeänderte Klausel eine AGB zu sein, obwohl sie Gegenstand der Verhandlungen der Parteien war. Für diesen – in der Praxis doch recht seltenen - Fall, dass also eine Standardvertragsklausel ausgehandelt wurde, soll nach dem Wortlaut dem Gewerbetreibenden, der sich auf das Aushandeln und damit die Nichtanwendung der Richtlinie beruft, die Beweislast für das Aushandeln obliegen.

Nachdem, wie vorstehend dargestellt, nach der Grundregel der Verbraucher das Tatbestandsmerkmal „nicht in einzelnen ausgehandelt“ zu beweisen hat, muss nach dieser Beweislastregel der Gewerbetreibende beweisen, dass eine Standardvertragsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass es sich hier um eine ausdrückliche Beweislastregel handelt, nach der für den kleinen Bereich der „ausgehandelten AGB“ die Beweislast umgekehrt wird⁴²⁴. Der Verbraucher wird in diesem Fall vom Beweis des Nichtaushandelns frei. Allerdings muss er nachweisen, dass es sich um eine Standardvertragsklausel handelt⁴²⁵.

Die Tatsache, dass der Verbraucher eine Standardvertragsklausel nachweisen muss, also eine bisher in dieser Form nicht erwähnte Tatsache, lässt Zweifel an einer Beweislastregelung aufkommen. Wenn der Verbraucher den Beweis einer Standardvertragsklausel, einer für Art. 3 Abs. 1 tatbestandsfremden Tatsache erbringen muss, könnte durchaus auch eine widerlegbare Vermutung vorliegen. Von einer Standardvertragsklausel, die die Voraussetzungen einer AGB erfüllen muss, kann durchaus logisch geschlossen werden, dass diese Klausel „nicht im einzelnen ausgehandelt“ (Art. 3 Abs. 1) wurde. Durch die Vermutung kommt es damit zu der gerade angesprochenen Verschiebung des Beweisthemas. Kann der Verbraucher die Tatsachen der Vermutungsbasis beweisen, so gilt im Ergebnis die

⁴²⁴ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 28; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 30

⁴²⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 30; Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 34

Vertragsklausel als nicht im einzelnen ausgehandelt, wenn der Gewerbetreibende nicht den vollen Beweis des Gegenteils erbringt, also nachweist, dass die Standardvertragsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde. Diese Widerlegung der Vermutung gestattet dem Gewerbetreibenden ausdrücklich Art. 3 Abs. 2 Satz 3. Damit wäre der Verbraucher vom Beweis der nicht im Einzelnen ausgehandelten Klausel entbunden. Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Satz 3 könnte anstatt im Sinne einer Beweislastregelung auch so verstanden werden, dass der Gewerbetreibende für das Aushandeln nicht nur den Gegenbeweis erbringen muss, sondern vielmehr den Beweis des Gegenteils (Hauptbeweis). Eine solche Sichtweise wird in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 Satz 3 von der Literatur nicht in Erwägung gezogen, die schlicht von einer Beweislastumkehr ausgeht. Im Ergebnis handelt es sich jeweils um eine Beweislastregelung, wonach in Fall des *non liquet* zugunsten des Verbrauchers in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ entschieden werden muss.

cc) Zusammenspiel von Satz 1 und Satz 3

Die Standardvertragsklausel wird jedoch nur in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 erwähnt, nicht jedoch in Art. 3 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 2 Satz 1, die jeweils allgemein von dem Wort Vertragsklausel ausgehen, welches die Standardvertragsklauseln zwar einschließt, aber auch darüber hinaus geht.

Bildlich kann man bei der Regelung in Art. 3 Abs. 1 und 2 deshalb von einem Kreismodell sprechen. Der Kreis des Anwendungsbereichs von Art. 3 Abs. 2 Satz 3 für Standardklauseln liegt innerhalb des Kreises von Art. 3 Abs. 2 Satz 1, da hier das Merkmal der Vielzahl von Verwendungsfällen nicht gegeben sein muss. Die h. M. in der Literatur zieht nun um den Kreis von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 einen weiteren durch Art. 3 Abs. 1, d.h. Art. 3 Abs. 1 hat einen weiteren Anwendungsbereich als Art. 3 Abs. 2 Satz 1. Als Begründung wird im Deutschen auf die Wörter „immer dann“ verwiesen. Aus diesen beiden Wörtern wurde teilweise zwar geschlossen, dass das Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ ausschließlich in

den Fällen des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 erfüllt sei⁴²⁶. Dann müsste es nämlich nicht „immer“, sondern „nur“ heißen⁴²⁷. Auch wäre dann die Formulierung einer Generalklausel völlig überflüssig gewesen. Ferner lässt die Formulierung von Art. 3 Abs. 2 mit dem Regelbeispiel des Standardvertrages darauf schließen, dass es sich gerade nicht um eine abschließende Regelung handelt, sondern nur um eine Möglichkeit – den Hauptanwendungsfall – der zu überprüfenden Klauseln. Denn der sachliche Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 bezieht auch spontan bei Vertragsverhandlungen aufgeworfene also auch mündliche Klauseln ein⁴²⁸, so dass Art. 3 Abs. 1 notwendigerweise einen weiteren Anwendungsbereich hat⁴²⁹. Auch wenn dieser weitere Anwendungsbereich nur wenig über den des Art. 3 Abs. 2 hinausgeht, der im Grunde fast alle Fälle, und vor allem die in der Praxis relevanten, umfasst, hat Art. 3 Abs. 1 gegenüber Abs. 2 eine eigenständige Bedeutung.

Jeder Gesetzgeber baut eine Norm mit ihren Absätzen in der Regel nicht ohne Grund auf, weshalb diese Struktur – auch wenn sie mangels Klarheit zu kritisieren ist – trotzdem beachtet werden sollte. Für die Frage der Verteilung der Beweislast ergibt sich daraus folgendes: Bezüglich des in Art. 3 Abs. 1 enthaltenen Tatbestandsmerkmals „nicht im einzelnen ausgehandelt“ sollte zunächst auf Art. 3 Abs. 2 Satz 3 abgestellt werden. Kann der Verbraucher beweisen, dass eine Standardvertragsklausel vorliegt, wird dem Gewerbetreibenden der Beweis des Aushandelns in Form des Gegenbeweises auferlegt. Kann der Verbraucher das Vorliegen einer Standardvertragsklausel nicht beweisen, so kann ggf. nun auf die Vermutung in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 abgestellt werden, wenn der Verbraucher die Voraussetzungen der Vermutung darlegt und beweist⁴³⁰.

Für das Bestehen einer widerlegbaren Vermutung in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 spricht nun zum einen, dass es sich bei einer Standardvertragsklausel um

⁴²⁶ So jedoch Habersack/Kleindiek/Wiedemann, ZIP 1993, 1670, 1671, die zwischen dem sachlichen Anwendungsbereich in Abs. 2 und dem Maßstab der Missbrauchskontrolle (Abs. 1) unterschieden wissen wollen.

⁴²⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 24

⁴²⁸ Auch wenn vorformulierte Klauseln im Sinne von Abs. 2 vor Vertragsverhandlungen nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich abgefasst bzw. elektronisch festgelegt werden können, ist in der Praxis die schriftliche Vorformulierung der Regelfall, so dass mündliche Klauseln eher als Beispiel für Art. 3 Abs. 1 gelten können.

⁴²⁹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 23

⁴³⁰ Bezüglich der Reihenfolge insoweit auch Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 34

eine widerlegbare Vermutung handelt, so dass dies erst recht, wenn das Merkmal der Vielzahl der Verwendungen fehlt, auch bei vorformulierten Klauseln, auf die der Verbraucher keinen Einfluss haben konnte, gelten muss⁴³¹. Diese beiden nicht gleich zu behandeln, wäre ansonsten widersprüchlich⁴³². Zudem spricht auch die systematische Stellung beider in Art. 3 Abs. 2 dafür, dass die in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 enthaltene Widerlegung auch für Art. 3 Abs. 2 Satz 1 gelten muss⁴³³. Auch die auf den gleichen Kern zurückgehenden Begriffe von Standardvertragsklausel und Standardvertrag in Art. 3 Abs. 2 sprechen für eine Anwendung auf beide Absätze von Art. 3, auch wenn, wie oben dargestellt, eine Standardklausel nicht unbedingt in einem Standardvertrag enthalten sein muss, aber kann.

Eine andere Ansicht geht hingegen von einer unwiderlegbaren Vermutung bei Art. 3 Abs. 2 Satz 1 aus⁴³⁴. Sie begründet dies damit, dass es in der englischen Sprachversion laute, dass diese Klauseln „*always*“ als nicht im Einzelnen ausgehandelt anzusehen sind. Unter diese unwiderlegbare Vermutung fallen dann alle vorformulierten Klauseln, insbesondere Standardvertragsklauseln. Um den ansonsten bestehenden Widerspruch zu vermeiden, legt diese Ansicht konsequent Art. 3 Abs. 2 Satz 3 sehr restriktiv aus. Dem Gewerbetreibenden wird nach Art. 3 Abs. 2 Satz 3 die Beweislast für das Aushandeln nur auferlegt, wenn die Standardvertragsklausel z.B. handschriftlich abgeändert wurde⁴³⁵. Nur in diesem Fall, so das zwangsläufige Ergebnis dieser Ansicht, gilt Art. 3 Abs. 2 Satz 3.

Auch wenn unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes eine derart strenge Vorschrift eigentlich zu begrüßen ist, muss diese doch mit dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift übereinstimmen. Die aufgrund der Annahme einer unwiderlegbaren Vermutung folgende Interpretation von Art. 3 Abs. 2 Satz 3 geht m. E. nicht nur über den Wortlaut, sondern auch über den Sinn und Zweck hinaus. Denn dann wären,

⁴³¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 24

⁴³² So aber Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 34, der bei Art. 3 Abs. 2 Satz 1 von einer unwiderlegbaren Vermutung ausgeht und nur bei Standardvertragsklauseln dem Gewerbetreibenden im Wege der Beweislastumkehr die Beweislast für das Aushandeln auferlegt.

⁴³³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi, Rn. 24

⁴³⁴ Workshop 1 „The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts“ der Europäischen Konferenz in Brüssel vom 1. – 3.7.1999 über die Richtlinie 93/13, Preliminary Document, S. 96 und Fn. 3

insbesondere nach der Optik, vorformulierte Klauseln, auf die der Verbraucher keinen Einfluss nehmen konnte, einschließlich Standardvertragsklauseln immer Gegenstand der Richtlinie, ohne dass der Gewerbetreibende das Gegenteil beweisen kann. Bei optisch abgeänderten Klauseln kann der Gewerbetreibende das Aushandeln beweisen und bei optisch individuell ausgehandelte Klauseln muss der Verbraucher das nicht aushandeln beweisen. Die Optik, die überall Grundlage für einen Indizien- oder Anscheinsbeweis (Deutschland) ist, würde dazu führen, dass der Gewerbetreibende seine Verträge entsprechend aufsetzen muss, da ansonsten der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der grundsätzlich auch bei AGB besteht, ausgehebelt würde. Ein Aushandeln einer AGB, was durchaus möglich ist und nach den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (zumindest Deutschland und Italien) auch im Sinne der Vertragsfreiheit zulässig, wäre damit ausgeschlossen. Diese einseitige Schutzmaßnahme zugunsten des Verbrauchers geht daher zu weit und widerspricht auch dem europarechtlichen Leitbild eines aufgeklärten und eigenverantwortlichen Verbrauchers.

Zudem spricht bei einer abgeänderten Klausel, z.B. durch einen handschriftlichen Zusatz, der Eindruck für eine ausgehandelte Klausel. Dann fällt es schwer, wie Art. 3 Abs. 2 Satz 3 voraussetzt, eine Standardvertragsklausel noch anzunehmen. Zudem ist es dann fraglich, warum der Gewerbetreibende nur bei einer abgeänderten Standardvertragsklausel, nicht jedoch bei sonstigen vorformulierten Klauseln das Aushandeln beweisen soll und kann. Hier tritt dann wieder das Problem auf, dass der Gesetzgeber Art. 3 Abs. 2 Satz 3 aus nicht nachvollziehbaren Gründen auf Standardvertragsklauseln beschränkt hat.

Für alle übrigen Fälle, bei denen für den Verbraucher die Vermutungen nicht eingreifen können, obliegt ihm die volle Beweislast nach Art. 3 Abs. 1. Allerdings werden Fälle z.B. von mündlichen Klauseln oder spontan in den Vertrag eingeführten Klauseln in der Praxis kaum ins Gewicht fallen.

⁴³⁵ So die Ansicht der Teilnehmer des Workshop 1 „The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts“ der Europäischen Konferenz in Brüssel vom 1. – 3.7.1999 über die Richtlinie 93/13, Preliminary Document, S. 96

Abschließend stellt sich die Frage, warum die Richtlinie nicht grundsätzlich dem Gewerbetreibenden die Beweislast für das Aushandeln (rechtshindernde Tatsache) auferlegt. Für den Verbraucher würde dies – angesichts der oben dargestellten Probleme - eine erhebliche Vereinfachung seiner Prozessführung und einen noch effektiveren Verbraucherschutz bedeuten. Nun ist eine solche Regelung aufgrund von Art. 8 der Richtlinie nicht ausgeschlossen, wie auch das Beispiel Großbritannien zeigt⁴³⁶. Es scheint auch hier in Art. 3 nur der kleinste gemeinsame Nenner gefunden worden zu sein.

c) Verursachung eines Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten des Verbrauchers entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers

Nach der Grundregel der Beweislast müsste der Verbraucher auch diese Tatbestandsmerkmale beweisen, sofern es sich hierbei nicht um Rechtsanwendung handelt, wofür das Gericht zuständig ist (*iura novit curia*). Es ist in der Tat schwierig, wenn nicht fast unmöglich, den Beweis für ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Missverhältnis zu führen.

Die Frage der Beweislast wird in der Literatur, sofern sie überhaupt angesprochen wird, recht kurz abgehandelt, wie es aus den vorstehenden Ausführungen zu entnehmen ist. In Bezug auf die Frage des Missverhältnisses finden sich in der deutschen Literatur keine Hinweise. Dies mag damit zusammenhängen, dass dieser Teil der Vorschrift dem deutschen Recht nachgebildet wurde, und die deutsche Literatur, nachdem sie eine Übereinstimmung mit § 9 AGBG festgestellt hatte, sich beruhigt von diesem Thema abwandte. In anderen Ländern, wie z.B. Großbritannien, hat dieses Thema mehr Resonanz hervorgerufen⁴³⁷. Hier werden Überlegungen angestellt, ob nicht die nach der Grundregel auf dem Verbraucher lastende Beweislast aufgrund einer europäischen Bestrebung nach mehr Verbraucherschutz - auch durch eine Entscheidung des EuGH – auf den Gewerbetreibenden in Ansehung ähnlicher

⁴³⁶ Chitty on contract, Rn. 15-047 mit Verweis auf Art. 5 (4) der 1999er Regelung und Art. 3 (5) der 1994er Regelung

Verbraucherschutzvorschriften auch in den Mitgliedstaaten zu übertragen ist⁴³⁸.

In eine andere Richtung gehen die Ausführungen der über die Richtlinie abgehaltenen Konferenz⁴³⁹. Auf der Grundlage von Ausführungen der XXIV Abteilung der Kommission zum Verbraucherschutz geht dieser Workshop davon aus, dass die Frage der „*Unfairness*“ keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage ist, die nicht im Wege der Darlegungs- und Beweislast der Parteien zu beantworten ist, sondern vom Gericht. Allenfalls die für die Beantwortung dieser Rechtsfrage zugrunde liegenden Tatsachen sind von den Parteien beizubringen und damit Gegenstand der Beweislast.

Diese Ansicht ähnelt dem deutschen AGBG. Zwar soll eine Richtlinie europäisch- autonom ausgelegt werden und sich die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten an dieser orientieren, und nicht umgekehrt. Jedoch könnte man in diesem Fall eine Ausnahme machen, da die deutsche Regelung in § 9 AGBG sozusagen Pate für die Regelung der Benachteiligung des Verbrauchers entgegen dem Gebot von Treu und Glauben gestanden hat.

Auch die deutsche Literatur und Rechtsprechung geht, jedoch in Bezug auf die Unwirksamkeit der Klausel, von einer nicht zu beweisenden Rechtsfrage aus. Diese Rechtsfolge ist nicht von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen. Allerdings impliziert das Urteil des Gerichts über die Unwirksamkeit einer Klausel die Entscheidung, ob eine Klausel nach Treu und Glauben unangemessen ist. Den für diese Entscheidung erforderlichen Tatsachenstoff hat die Partei darzulegen und zu beweisen, die an der Unwirksamkeit der Klausel interessiert ist.

Für den Verbraucherschutz ist eine Regelung, nach der dem Verbraucher so wenig auferlegt wird wie möglich, natürlich am besten. Die Richtlinie sagt nichts über die Beweislast in Bezug auf das ungerechtfertigte Missverhältnis aus, so dass hier wieder eine europäisch-autonome Auslegung erfolgen

⁴³⁷ Chitty on contract, Rn. 15-047

⁴³⁸ Chitty on contract, Rn. 15-047

⁴³⁹ Vgl. Workshop 3 „The Definition of „Unfairness“: The Application of Art. 3 (1), 4 (1) – and of the Annexes of the Directive“ der Europäischen Konferenz in Brüssel vom 1. – 3.7.1999 über die Richtlinie 93/13, Final Report, S. 142

muss, ob es sich überhaupt um beweisrechtlich relevante Tatsachen oder nicht zu beweisende Wertungsbegriffe handelt.

In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind Gegenstand des Beweises nur Tatsachen, hingegen keine sog. Rechtsfragen (*iura novit curia*)⁴⁴⁰. Tatsachen sind allgemein alle äußeren und inneren Vorgänge, die einer sinnlichen Wahrnehmung durch Dritte zugänglich sind⁴⁴¹. Diese Tatsachen können direkt Gegenstand eines Tatbestandsmerkmals sein, oft sind sie aber auch Grundlage für Tatbestandsmerkmale, die Wertungsbegriffe darstellen⁴⁴². In diesen Fällen hat das Gericht die Subsumtion der Tatsachen unter diese Wertungsbegriffe selbst vorzunehmen. Hierüber ist kein Beweis zu erheben und auch den Parteien obliegt – abgesehen von den zugrunde liegenden Tatsachen – diesbezüglich keine Beweislast⁴⁴³. Bei diesen Wertungsbegriffen handelt es sich in der Regel um juristische Begriffe, deren Vorliegen durch den Richter beurteilt wird.

Auch bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel durch einen Verstoß gegen Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers handelt es sich um juristische Begriffe, die durch die Wertung des Gerichts ausgefüllt werden müssen. Damit kann dem Verbraucher nur die Beweislast für die der Bewertung zugrunde liegenden Tatsachen auferlegt werden. Hinsichtlich des Missverhältnisses obliegt dem Verbraucher jedoch eine Darlegungspflicht, da nach Art. 4 Abs. 1 auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände in die Abwägung miteinzubeziehen sind, welche dem Gericht von den Parteien mitgeteilt werden müssen. Gegebenenfalls besteht auch bezüglich dieser Umstände für den Verbraucher die Verpflichtung zur Beweisführung. Auch der Gewerbetreibende hat seine Einwände gegen eine Missbräuchlichkeit darzulegen und ggf. die zugrunde

⁴⁴⁰ Bei der Anwendung ausländischen Rechts besteht nach § 293 ZPO der Grundsatz der Mithilfe der Parteien in zumutbarem Maße bei der Erforschung des anwendbaren Rechts, für das im Grundsatz das Gericht von Amts wegen zuständig ist (vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 293 ZPO, Rn. 5). Ähnlich auch in Italien. Auch wenn dort der Grundsatz *iura novit curia* auch für ausländisches Recht gilt, so besteht doch wohl ein „praktische Interesse der Parteien bei der Unterstützung des Richters“, aus der man die Pflicht zur Unterstützung ableiten kann (vgl. Patti, S. 68).

⁴⁴¹ Jauernig, § 49 VI

⁴⁴² Hiervon sind sog. Werturteile zu trennen, die Tatsachen beschreiben bzw. aus Tatsachen bestimmte Schlussfolgerungen zur Beschreibung eines Umstandes ziehen. Auch über die Tatsachen eines solchen Werturteils, nicht jedoch über dieses selbst, wird Beweis erhoben. Vgl. Jauernig, § 49 VI; Taruffo, Prova, Digesto XVI, S. 10

⁴⁴³ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, Einf § 284, Rn. 18; Jauernig, § 49 VI; Taruffo, Prova, Digesto XVI, S. 10

liegenden Tatsachen zu beweisen. Dies entspricht auch der Auffassung des Workshops der Konferenz über die Richtlinie 93/13.

Nach dem Wortlaut der Richtlinie ist nicht möglich, grundsätzlich dem Gewerbetreibenden die Darlegungslast für ein Nichtbestehen eines Missverhältnisses aufzuerlegen. Allerdings sind die Mitgliedstaaten nach Art. 8 frei, strengere Schutzvorschriften zu erlassen, die auch die Übertragung der Darlegungslast auf den Gewerbetreibenden beinhalten kann. Für einen effektiven Verbraucherschutz könnte dies eine Möglichkeit sein, da nun der Gewerbetreibende bei Abfassung seiner Vertragsklauseln mögliche Missverhältnisse berücksichtigen muss. Doch weder eine Vermutung noch sonstige Beweisregelungen stehen derzeit für eine solche Übertragung zur Verfügung, die auch noch von der Richtlinie gedeckt werden.

d) Art. 3 Abs. 3

Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit den Klauseln im Anhang sind aufgrund des Hinweiskarakters beweisrechtlich nicht relevant. Allerdings haben die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 8 die Möglichkeit diese Klauseln als unwiderlegliche oder widerlegbare Vermutung auszugestalten und so diesen Klauseln auch beweisrechtliche Relevanz zukommen zu lassen.

2. Das Verbandsklageverfahren

Während die vorstehend aufgezeigten Beweislastgrundsätze für den Individualprozess gelten, gibt es im Hinblick auf das Verbandsklageverfahren nach Art. 7 Abs. 2 einige Abweichungen. Dies ist dadurch bedingt, dass es sich nicht um eine konkret-individuelle, sondern eine generell-abstrakte Überprüfung der Vertragsklausel handelt, da Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie logischerweise die noch nicht vorhandene konkrete Vertragssituation bei einer solchen Überprüfung ausschließt.

Gegenstand einer solchen Verbandsklage können dann auch nur Klauseln, die mehrfach verwendet werden sollen, also AGB sein. Das Tatbestandsmerkmal „allgemeine Verwendung“ ist zwar nicht mit „Vielzahl“ gleichzusetzen, jedoch impliziert es dies, da eine allgemeine

Verwendung in der Regel eine vielfache Verwendung von einer Vielzahl von Leuten bedeutet⁴⁴⁴. Ausreichend hier ist sogar, dass die Klauseln lediglich im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung formuliert wurden, was die konkrete Verwendung nicht erfordert⁴⁴⁵. Das Problem der einmalig vorformulierten Klauseln stellt sich hiermit nicht, da es für diese nur eine nachträgliche Kontrolle in einem Individualprozess geben kann.

Bei einer abstrakten Kontrolle hat die Frage der Beweislast jedoch keine so große Bedeutung mehr wie im Individualprozess. Die vorstehend besprochenen Regelungen des Art. 3 Abs. 2, die einen Schwerpunkt im Individualverfahren bilden werden, spielen hier keine Rolle mehr, da die Frage im Einzelnen ausgehandelt oder nicht durch den Anwendungsbereich bereits von selbst beantwortet ist.

Gegenstand des Verfahrens wird daher allein die Frage der Missbräuchlichkeit sein. Bei dieser kommt es aber, wie bereits vorstehend dargelegt, allenfalls auf den Beweis der der Missbräuchlichkeit zugrunde liegenden Tatsachen an. Im Rahmen einer abstrakt-generellen Kontrolle sind aber auch diese Tatsachen, in der Regel hauptsächlich der Vertragsabschluß nach Art. 4 Abs. 1, nicht relevant bzw. falls es solche geben sollte, zu vernachlässigen, so dass es allein auf die Darlegung der Missbräuchlichkeit ankommt. Die Bewertung erfolgt dann durch das Gericht.

Im Sinne des Verbraucherschutzes sind die abstrakt-generellen Kontrollverfahren weitaus effektiver, da sie – sofern der nationale Gesetzgeber dies wirklich vorsieht – missbräuchliche Klauseln in größerem Umfang eliminieren können, ohne dass die Verbraucherverbände große Anstrengungen in Bezug auf die Beweislast vorzunehmen hätten. Insofern hat es der einzelne Verbraucher schon schwerer, da er zunächst die Hürden des Nachweises einer nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsklausel nehmen muss. Jedoch kann er in seinem Verfahren ein auf ihn zugeschnittenes Urteil erwirken, welches möglicherweise eine Klausel, die

⁴⁴⁴ Roppo, *Rivista di diritto civile* 1994, 277, 298. Vgl. auch die nochmalige Verwendung des Begriffs „allgemein“ in Abs. 3.

in einem abstrakten Kontrollverfahren nicht beanstandet wurde, in seinem konkreten Fall als missbräuchlich ansieht. Durch die beiden unterschiedlichen Verfahren wird damit nicht nur der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung getragen, sondern auch durch die Kontrollverfahren ein Druck auf die Gewerbetreibenden ausgeübt, missbräuchliche Klauseln generell nicht mehr zu verwenden, allerdings auf die Gefahr hin, dass es möglicherweise zu Rechtsunsicherheit aufgrund unterschiedlicher Ergebnisse kommt. Konkrete Fragen der Beweislast stellen sich im Ergebnis eigentlich nur im Individualverfahren.

VI. Die Entscheidung von Amts wegen

Bislang wurde, da auch dies in Bezug auf die Beweislast allein relevant ist, nur davon ausgegangen, dass die Missbräuchlichkeit einer Klausel vom Verbraucher bzw. dem Verbraucherverband geltend gemacht werden muss. Der Vollständigkeit halber soll hier noch kurz die Möglichkeit einer Entscheidung von Amts wegen bezüglich der Missbräuchlichkeit einer Klausel angesprochen werden.

Die Richtlinie gibt über die Zulässigkeit einer Entscheidung von Amts wegen keinen Hinweis. Nur aus dem Sinn und Zweck der Richtlinie sowie aus einer Auslegung von Art. 7 Abs. 1 („damit der Verwendung ... ein Ende gesetzt wird“) kann abgeleitet werden, dass eine Klausel auch von Amts wegen als missbräuchlich angesehen werden kann. Denn angemessene und wirksame Mittel, der Verwendung ein Ende zu setzen, was eine umfassende und endgültige Aufforderung an die Mitgliedstaaten bedeutet, kann daher auch eine Feststellung von Amts wegen beinhalten. Dies auch unter der Prämisse, dass das von der Richtlinie bekämpfte vertragliche Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien nicht nur durch die Parteien selbst, sondern auch durch eine von einer der Parteien angerufene neutrale Instanz aufgehoben werden kann.

⁴⁴⁵ So auch der französische Text der RL, während das italienische „per“ eher auf eine konkrete Verwendung schließen lässt. Allerdings dürfte in diesem Zusammenhang der französische Text eher maßgeblich sein. Vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 9

Dies hat auch der EuGH in seinem ersten Urteil zur Richtlinie 93/13 vom 27.06.2000 so gesehen, als er von einem spanischen Gericht im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EGV a. F. (nun Art. 234 EGV) angerufen wurde, ob eine nicht im einzelnen ausgehandelte Gerichtsstandsvereinbarung in einem Verbrauchervertrag von einem nationalen Gericht von Amts wegen geprüft werden kann, wenn das Gericht über seine Zuständigkeit zu entscheiden hat⁴⁴⁶. Der EuGH hat hierzu in Anlehnung an die Ausführungen der französischen Regierung ausgeführt, dass „die Möglichkeit des Gerichts, von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu prüfen, ... als ein Mittel anzusehen [ist], das geeignet ist, das in Art. 6 der Richtlinie vorgeschriebene Ziel, nämlich zu verhindern, dass der einzelne Verbraucher an eine missbräuchliche Klausel gebunden ist, zu erreichen, und die Verwirklichung des Zieles des Art. 7 zu fördern, da eine solche Prüfung abschreckend wirken kann und damit dazu beiträgt, dass der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird. Nach alledem erfordert der Schutz, den die Richtlinie dem Verbraucher gewährt, dass das nationale Gericht von Amts wegen prüfen kann, ob eine Klausel des ihm vorgelegten Vertrages missbräuchlich ist, wenn es die Zulässigkeit einer bei den nationalen Gerichten eingereichten Klage prüft.“⁴⁴⁷

Der EuGH hat damit in Bezug auf Klauseln, die die in der Regel von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit einer Klage, also nicht nur die Zuständigkeit, regeln, eine Überprüfung und Feststellung der Missbräuchlichkeit mit der daraus resultierenden Rechtsfolge von Amts wegen als geboten erachtet. Die Zuständigkeit allerdings wird wohl im Rahmen von Gerichtsstandsvereinbarungen alleinige Bedeutung erlangen, da die anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen gesetzlich vorgeschrieben bzw. auch nicht Gegenstand von Vertragsvereinbarungen sind.

Damit ist der EuGH über die Fragestellung (Zuständigkeit) im Grunde hinausgegangen, als er die Überprüfung vom Amts wegen auf die Zulässigkeit der Klage erweiterte. Offen bleibt jedoch die Frage, ob eine

⁴⁴⁶ Urteil des EuGH vom 27.06.2000 in den verbundenen Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98 (<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>, unter der Nr. C 240/98 zu finden)

Überprüfung von Amts wegen auch für den Bereich der Begründetheit der Klage erfolgen kann. Prozessrechtlich endet dort jedoch das „Hoheitsgebiet“ des Gerichts und es gilt die Dispositionsmaxime, die den Parteien die Bestimmung des Streitstoffes überträgt. Sofern also nicht das nationale Gesetz die Überprüfung einer Klausel im Bereich der Begründetheit von Amts wegen (z.B. in Form einer sog. schwarzen Liste) vorschreibt, wird aufgrund der Dispositionsmaxime keine Überprüfung von Amts wegen erfolgen. Dies gilt aus prozessualen Gründen nur für die Individualverfahren, da bei Verbandsklagen nur die beanstandeten Klauseln überprüft werden sollen.

⁴⁴⁷ Urteil des EuGH vom 27.06.2000 in den verbundenen Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98, S. 6 f.

TEIL 3 – DIE UMSETZUNG DER RICHTLINIE IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN

I. Die Umsetzung der Richtlinie in beiden Staaten

Die Richtlinie 93/13/EWG wurde sowohl in Deutschland als auch in Italien nicht fristgerecht umgesetzt⁴⁴⁸. Während in Deutschland lange und ausgiebig darüber diskutiert wurde, inwieweit aufgrund der bestehenden Rechtslage die Richtlinie überhaupt umgesetzt werden müsse, wurde in Italien die Diskussion über die Umsetzung der Richtlinie von der Frage beherrscht, an welcher Stelle die neuen Regelungen in den bestehenden c.c. eingefügt werden sollen.

1. Der deutsche Weg der Umsetzung

Nachdem der Richtlinienentwurf der Kommission durch den Rat der europäischen Gemeinschaften so abgeändert wurde, dass er neben französischen auch die deutsche Konzeptionsansätze berücksichtigte, bestand zwar eine Annäherung an das deutsche AGBG, welche von der deutschen Literatur begrüßt wurde⁴⁴⁹, gleichzeitig wurde von dieser erörtert, inwieweit deshalb noch eine Umsetzung der Richtlinie erforderlich ist. Die Ansichten differierten von einem möglichst geringen Eingriff in die bestehenden Regelungen des AGBG⁴⁵⁰ bis hin zu erheblichen Modifikationen⁴⁵¹. Bedacht darauf, dass AGBG soweit wie möglich unangetastet zu lassen, war auch der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, der Änderungen für das Kollisionsrecht sowie

⁴⁴⁸ Umsetzungsfrist gemäß Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie war der 31.12.1994.

⁴⁴⁹ Damm, JZ 1994, 161, 162

⁴⁵⁰ Ulmer, EuZW 1993, 337, 346, sieht nur geringen Anpassungsbedarf, welcher den sachlichen Anwendungsbereich (einmalige Verwendung) und allenfalls die Kollisionsregel in § 12 AGBG sowie möglicherweise den Kontrollmaßstab betrifft. Alle anderen bestehenden Regelungen können nach seiner Ansicht bestehen bleiben. Ebenso v. Westphalen, EWS 1993, 161, 167, der sogar nur eine Änderung von § 1 AGBG im Hinblick auf die Vielzahl von Verträgen sowie § 6 Abs. 3 AGBG für die Berücksichtigung der Interessen beider Vertragspartner fordert. Etwas mehr Anpassungsbedarf sieht Eckert, WM 1993, 1070, 1078, der Änderungen bezüglich der einmaligen Verwendung der Klauseln und des Kontrollmaßstabes neben kleineren Detailkorrekturen für erforderlich hält. Ähnlich Damm, JZ 1994, 161, 177, der insbesondere hinsichtlich der Inhaltskontrolle keinen Änderungsbedarf des AGBG sieht, jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit eine Klarstellung bezüglich des individuellen-konkreten Kontrollmaßstabes wünscht. Auch für die Klauselkataloge in §§ 10 und 11 AGBG sieht er keinen Anpassungsbedarf.

⁴⁵¹ Micklitz, ZEuP 1993, 522, 533 sieht Anpassungsbedarf nicht nur in Bezug auf die einmalige Verwendung von Klauseln, sondern auch in Bezug auf den neu eingeführten Begriff des Gewerbetreibenden und die Inhaltskontrolle. Frey, ZIP 1993, 572, 579, erachtet nicht nur den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich, die Kollisionsregel, die Verbandsklage, sondern auch die Klauselkataloge in §§ 10, 11 AGBG für änderungsbedürftig.

den sachlichen (einmalige Verwendung) und persönlichen Anwendungsbereich (Ausschluss der Regelung für einmalig verwendete vorformulierte Klauseln für Kaufleute) vorsah⁴⁵². Da dieser u. a. wegen der fehlenden Ergänzung von § 8 AGBG in Bezug auf das von der Richtlinie in Art. 4 Abs. 1 vorgesehene individuelle Bewertungskriterium heftig kritisiert wurde, beschloss die Bundesregierung am 1. September 1995 einen Regierungsentwurf, der sich erheblich von dem Referentenentwurf unterschied⁴⁵³. Der Regierungsentwurf enthält weitergehende Änderungen und hält sich enger an die Zielsetzung der Richtlinie. Er berücksichtigt neben dem Kollisionsrecht in einem neu einzufügenden, für Verbraucherverträge geltenden § 24 a sowohl die einmalige Verwendung von vorformulierten Klauseln, das Abwägungskriterium der den Vertragsschluss begleitenden Umstände als auch den besonderen persönlichen Anwendungsbereich für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Damit hat sich dieser Vorschlag weitgehender an die Richtlinienvorgaben gehalten als der Referentenentwurf. Dieser Regierungsentwurf wurde im Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung vom 19.07.1996 verabschiedet und trat am 25.07.1996 in Kraft⁴⁵⁴.

Die Umsetzung der Richtlinie in einem Sondergesetz⁴⁵⁵ wurde in Deutschland aufgrund des unterschiedlichen Schutzzweckes von Richtlinie und AGBG zwar von einer Mindermeinung vertreten⁴⁵⁶, jedoch war der überwiegende Teil der Literatur der Auffassung, dass sich die Umsetzung der Richtlinie in das AGBG einfügen lasse, da dessen Konzeption auch den Verbraucherschutz einschließe⁴⁵⁷.

⁴⁵² Vgl. hierzu Eckert, ZIP 1994, 1986 ff.

⁴⁵³ Gesetzesentwurf mit Besprechung von Eckert in ZIP 1995, 1460 ff.

⁴⁵⁴ Zu Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens vgl. Bunte, DB 1996, 1389

⁴⁵⁵ Die Frage der Umsetzung der Richtlinie durch ein Sondergesetz oder durch Änderung der bestehenden Gesetze ist für beide Länder nicht unerheblich gewesen. In Italien und auch überwiegend in Deutschland werden Rechtsakte der EU gewöhnlich durch gesondert erlassene Rechtsakte umgesetzt. Bekanntestes Beispiel für ein Sondergesetz ist wohl die Richtlinie zur Produkthaftung, die in Deutschland durch das Produkthaftungsgesetz und in Italien durch das Präsidialdekret Nr. 224 vom 24. Mai 1988 umgesetzt wurde. Hingegen ist die Umsetzung durch Einfügung oder Änderung bestehender Regelungen ein Sonderfall. In Italien wurde erstmalig das Zivilgesetzbuch durch die Umsetzung einer Richtlinie geändert. Vgl. hierzu Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1174

⁴⁵⁶ Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, 562, 571

⁴⁵⁷ Heinrichs, NJW 1995, 153; Remien, ZEuP 1994, 34, 65; Bunte, DB 1996, 1389

Man könnte jedoch fast sagen, dass man mit der jetzigen Konzeption eine Art Mittelweg eingeschlagen hat, indem man für Verbraucherverträge einen eigenen Paragraphen dem AGBG hinzugefügt hat. Dadurch wird in das bisherige Regelungsgefüge nur geringfügig eingegriffen, da die bisherigen Regelungen (bis auf § 12 AGBG a. F.) nicht angetastet wurden. Diese finden nun im Fall von Verbraucherverträgen unter Berücksichtigung der Bestimmungen des § 24 a AGBG modifizierte Anwendung, so dass mit einem Gesetz mit zwei Regelungsvarianten verschiedene Schutzaspekte abgedeckt werden.

2. Der italienische Weg der Umsetzung

In Italien, wo EU-Rechtsakte in der Regel in Sondergesetzen umgesetzt werden, schient es bei der Richtlinie 93/13/EWG wohl von Anfang an klar gewesen zu sein, diese durch Änderung bzw. Ergänzung des c.c. umzusetzen⁴⁵⁸. Umstritten war jedoch, an welcher Stelle die neuen Regelungen eingefügt werden sollten. Während die erste mit einem Gesetzesentwurf von der Regierung beauftragte Kommission ein neues Kapitel nach den Regelungen über die AGB einfügen wollte⁴⁵⁹, sah der Entwurf der nachfolgenden Regierung vom 16.01.1995 einen Einschub nach Art. 2062 c.c. am Anfang des fünften Buches über die Arbeit im Zusammenhang mit den Vorschriften über berufliche Tätigkeiten (*attività professionali*) vor⁴⁶⁰. Nach vielfältigen Modifikationen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde schließlich mit dem Gesetz Nr. 52 vom 6.

⁴⁵⁸ Alpa/Patti/Patti, Introduzione, S. LII, verzeichnet das Fehlen von Hinweisen auf eine Diskussion über die Umsetzung im c.c. oder in einem Sondergesetz.

Die daher allenfalls sehr verhaltene Kritik an der von der ersten Kommission vorgesehenen Modifikation des c.c. wurde z.B. geübt von Barbiera, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, S. 313, der ein gesondertes Gesetz bevorzugt hätte.

⁴⁵⁹ Vorschlag der Kommission unter dem Vorsitz von Massimo Bianca vom März 1994 (Art. 1342 bis ff. c.c.), der bereits, wie die nachfolgenden Entwürfe, auch den heute verwendeten Begriff „*vessatorie*“ beinhaltete (vgl. unten).

⁴⁶⁰ Die Wahl dieser Stelle ist damit zu erklären, dass im italienischen Text der Gewerbetreibende in Anlehnung an den französischen Text mit „*professionista*“ übersetzt wird und das erste Kapitel im fünften Buch überschrieben ist: „*Della disciplina delle attività professionali*“. Aufgrund dieser Begriffsverwandtschaft wurde die Einordnung im Fünften Buch erwogen, da man die Regelungen der Richtlinie auch als Verhaltensregeln für den *professionista* ansieht. Vgl. Aiello, Inter legis 1995, 29, 30; Alpa, Guida al diritto 10/96, S. 12 (allgemeine Regeln für das Unternehmen). Es fällt schwer, diese Einordnung nachzuvollziehen, zumal die Materie des Arbeitsrechts nach dem 10. Erwägungsgrund nicht Gegenstand des Anwendungsbereichs der Richtlinie sein sollte. Auch für den Deutschen, dem bei den im Deutschen verwendeten Begriffen Gewerbetreibender (Richtlinie) und Unternehmer (§ 24 a AGBG a. F.; § 15 BGB) eine solche Assoziation zum Arbeitsrecht fern liegend erscheint, ist dies kaum nachvollziehbar, auch wenn diese Begriffe u. a. auch eine Arbeitgeberfunktion beinhalten können, da diese vorrangig auf die wirtschaftliche Tätigkeit am Markt (Waren und Dienstleistungsaustausch) hinweisen. Hierauf zielt auch die Richtlinie ab.

Februar 1996 die heutige Fassung verabschiedet. Sie wurde nun am Ende der für alle Verträge geltenden Vorschriften und vor denjenigen über die einzelnen Vertragsarten als eigenes Kapitel eingefügt⁴⁶¹.

Im Unterschied zur deutschen Regelung, die nur die als erforderlich angesehenen Punkte der Richtlinie umsetzt, war Italien mangels bestehender entsprechender Regelungen⁴⁶² verpflichtet, den gesamten Inhalt der Richtlinie umzusetzen⁴⁶³. Daher sieht auch das Gesetz Nr. 52 vom 6. Februar 1996 mit den dann im c.c. eingefügten Art. 1469-*bis* bis 1469-*sexies* fünf recht umfangreich gestaltete Bestimmungen vor, die von der Richtlinienstruktur abweichend eine eigenständige Regelung umsetzen.

3. Verhältnis der alten zu den neuen Bestimmungen

Während in Deutschland im Falle von Verbraucherverträgen die alten Regelungen in durch § 24 a AGBG modifizierter Form Anwendung finden, besteht in Italien die alte Regelung für AGB neben der neuen fort⁴⁶⁴. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Anwendungsbereich der alten Regelung teilweise mit dem der neuen überschneidet, stellte sich die Frage des Verhältnisses beider Regelungen zueinander⁴⁶⁵. Im Falle von Verbraucherverträgen in Form von AGB oder Formularverträgen finden

⁴⁶¹ Auch wenn Kritik geübt wird, dass dadurch ein „zweiter allgemeiner Teil“ geschaffen wurde, erscheint die Wahl, die Regelungen an dieser Stelle einzufügen, doch am besten, da es sich zum einen um Regelungen handelt, die für alle Vertragsarten gelten, andererseits jedoch aufgrund der Beschränkung auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern fast schon um eine eigenständige Vertragsart handelt. Dies wird bestätigt durch die Ansicht von Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1176, der der neuen Regelung eine doppelte Bedeutung zuweist. Einerseits schafft sie die neue Kategorie des Verbrauchers und andererseits stellt sie generelle Vertragsregeln, wenn auch auf Verbraucherverträge beschränkt, auf.

Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 2, stellt noch auf einen anderen Aspekt ab: Das neu eingefügte Kapitel, welches mit „XIV-*bis*“ statt „XV“ überschrieben ist, obwohl hierfür kein Grund ersichtlich ist, soll im Anschluss an die Bestimmungen über die Nichtigkeit, die Aufhebung und den Rücktritt vom Vertrag dem Vertragspartner des Verbrauchers die Inhaltskontrolle als weiteres Rechtsmittel vor Augen halten und zeigen, dass der Unternehmer sich nicht alles erlauben kann, wenn der Vertrag bindend sein soll.

⁴⁶² Art. 1341 f. c.c. konnten aufgrund ihrer andersartigen Konzeption nicht als Grundlage für die Umsetzung dienen, da diese nur eine formelle Kontrolle für AGB, jedoch keine Inhaltskontrolle vorsehen.

⁴⁶³ Da die Richtlinie sowohl auf dem deutschen als auch dem französischen Konzept beruhte, bedurfte das AGBG aufgrund bereits bestehender Parallelen nur einiger Ergänzungen, während die Konzeption der Richtlinie dem italienischen Recht völlig fremd war, und daher eine umfassende Umsetzung verlangte. Vgl. Alpa, *Guida al diritto* 10/96, S. 16

⁴⁶⁴ Diese „Zweispurigkeit“ des italienischen Rechts wird kritisiert von Cian, *ZEuP* 1998, 586, 587

⁴⁶⁵ Art. 1341 f. c.c. gelten nur für AGB und Formularverträge, jedoch uneingeschränkt für alle Vertragspartner, während die Art. 1469-*bis* ff. c.c. für AGB und einmalig verwendete, vorformulierte Klauseln nur in Verbraucherverträgen gelten. Damit besteht nur im Falle von zwischen Verbraucher und Unternehmer vereinbarten AGB und zwischen diesen beiden Parteien abgeschlossenen Formularverträgen ein gemeinsamer Anwendungsbereich. Auch inhaltlich bestehen Überschneidungen bezüglich der Liste der missbräuchlichen Klauseln sowie der Auslegungsregel *interpretatio contra stipulatorem*. Trotzdem unterscheiden sich die gesetzlichen Regelungen: Art. 1341 f. c.c. stellen auf formale Aspekte des Vertragsschlusses ab, während Gegenstand der Art. 1469-*bis* ff. c.c. der Vertragsinhalt ist. Vgl. hierzu Morello, *Il Notariato* 1996, 287, 288; Romagnoli, S. 53

nach h. M. die alten (förmlichen) zusätzlich zu den neuen (materiellen) Regeln Anwendung⁴⁶⁶. Eine Mindermeinung ist hingegen der Ansicht, dass die umfassende neue Regelung die alte Regelung verdrängt⁴⁶⁷.

Der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ist im Falle zweier sich widersprechender Gesetze anzuwenden. Die Anwendungsbereiche von Art. 1341 f. c.c. und Art. 1469-bis ff. c.c. bilden zwar eine gemeinsame Schnittmenge. Es gibt jedoch keine sich widersprechenden Bestimmungen, da Art. 1341 f. c.c. förmliche Erfordernisse, wie die Einbeziehung von AGB in den Vertrag und die schriftliche Billigung von bestimmten Klauseln regelt, während die Art. 1469-bis ff. c.c. vor allem materiellrechtliche Bestimmungen für die Inhaltskontrolle von Klauseln aufstellen. Die Einbeziehung von Klauseln oder ihre Kenntnisnahme sind hingegen nicht geregelt.

Auch die in Art. 1341 Abs. 2 c.c. und Art. 1469-bis c.c. enthaltenen Auflistungen von Klauseln lassen keine Widersprüche entdecken. Die Aufzählung in Art. 1341 Abs. 2 c.c. ist viel allgemeiner und weiter gefasst als die in Art. 1469-bis c.c. aufgelisteten Klauseln, so dass auch nicht missbräuchliche Klauseln der Unterzeichnung nach Art. 1341 Abs. 2 c.c. bedürfen⁴⁶⁸.

Im Ergebnis beeinflussen daher weder die materiellen die förmlichen Vorschriften, noch umgekehrt. Denn auch die Unterzeichnung hat keinen Einfluss auf die Inhaltskontrolle, so dass auch unterzeichnete Klauseln nach Art. 1469-bis c.c. missbräuchlich und damit unwirksam sein können. Die Regelungen wirken vielmehr „parallel“ zueinander, ohne sich in Punkten zu berühren bzw. zu widersprechen.

Mangels sich widersprechender Bestimmungen kann daher der Rechtsgrundsatz *lex posterior derogat legi priori* hier nicht angewendet werden. Für die Praxis wäre es sicher einfacher, wenn nur eine Regelung

⁴⁶⁶ Cian/Trabucchi, 6. ed., Vor Art. 1469-bis, Anm. IV, Rn. 1; Cian, Studium iuris 1996, 411, 412; Romagnoli, S. 53, 56; Morello, Il Notariato 1996, 287, 288; Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 362;

⁴⁶⁷ Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 13

⁴⁶⁸ Art. 1341 Abs. 2 c.c. zählt z.B. die Haftungsbeschränkung ganz allgemein auf, während nach Art. 1469-bis Abs. 3 Nr. 1 c.c. ein Ausschluss der Haftung nur im Falle des Todes oder eines Personenschadens des Verbrauchers als missbräuchlich vermutet wird. Für Sachschäden besteht keine derartige Vermutung, so dass eine solche Klausel, sofern sie nicht nach Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. missbräuchlich ist, zwar inhaltlich nicht zu beanstanden ist, aber trotzdem nur wirksam wird, wenn sie unterzeichnet ist.

eingreifen würde. Jedoch wird durch die förmlichen Regelungen dem Verbraucher im Anwendungsbereich der Art. 1341 f. c.c. ein zusätzlicher Schutz zuteil. Eine AGB darf, um wirksam zu sein, nicht nur inhaltlich nicht missbräuchlich gemäß Art. 1469-*bis* ff. c.c. sein, sondern muss wirksam einbezogen und ggf. gesondert unterzeichnet sein. Durch die förmliche Regelung wird der Schutz des Verbrauchers damit ggf. auch auf den Bereich der nicht missbräuchlichen Klauseln erweitert, die trotz alledem die Rechte des Verbrauchers beschränken können. Ein Nebeneinander der alten und der neuen Regelung ist daher im Sinne des Verbraucherschutzes sogar zu begrüßen.

Dies gilt jedoch nicht in Bezug auf die Auslegungsregel des Art. 1370 c.c. da Art. 1469-*quater* Abs. 2 c.c. trotz des ähnlichen Wortlautes anders interpretiert werden kann, so dass letzterer im Bereich der Verbraucherverträge alleine Anwendung findet.

II. Die Bestimmungen der Umsetzungsgesetze im Verhältnis zur Richtlinie

Nachdem die einzelnen Bestimmungen der Richtlinie im zweiten Teil ausführlich dargelegt wurden, sollen, auch um die beweisrechtlichen Ausführungen zu erleichtern, zunächst die Bestimmungen des deutschen AGBG und dann der Art. 1469-*bis* ff. c.c. mit denen der Richtlinie verglichen werden. Im Anschluss daran werden dann die Unterschiede der beiden Umsetzungsgesetze dargestellt.

1. Die deutsche Umsetzung der Richtlinie

Da, wie bereits wiederholt gesagt, die deutsche Regelung zusammen mit der französischen für die Richtlinie Vorbild war, soll – im Gegensatz zur italienischen – nur kurz auf diese eingegangen werden.

Problematisch bei der Umsetzung der Richtlinie war nicht die Regelung der Inhaltskontrolle nach Art. 3 der Richtlinie, bei der sich die deutsche Literatur einig war, dass die §§ 9 bis 11 AGBG diese Bestimmung bereits

hinreichend umsetzen⁴⁶⁹. Nur bezüglich der von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie vorgegebenen individuellen Beurteilungskriterien für den Individualprozess („den Vertragsschluss begleitende Umstände“) bestand Uneinigkeit, inwiefern hier eine Umsetzung erforderlich ist⁴⁷⁰. Nach der bisherigen Rechtsprechung wurde bei der Interessenabwägung im Rahmen der Inhaltskontrolle grundsätzlich ein sog. überindividuell - generalisierender, typisierender, von den konkreten Umständen des Einzelfalls absehender Maßstab angelegt⁴⁷¹. Im Einzelfall wurden dann bei Abstimmung auf einen Durchschnittskunden die in den verschiedenen Verkehrskreisen bestehenden Verhältnisse und Interessen berücksichtigt, so dass hier bereits auf bestimmte individuelle Umstände des Vertragsverhältnisses zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁴⁷² Rücksicht genommen wurde⁴⁷³. Auch Individualvereinbarungen oder sonstige besondere Umstände wurden bereits in Einzelfällen von der Rechtsprechung berücksichtigt. In besonderen Fällen sollte sogar der sog. überindividuelle Rechtsmissbrauch eingreifen, wenn sich der Verwender auf eine Klausel beruft, von der er weiß, dass sie den Interessen seines Vertragspartners zuwiderläuft⁴⁷⁴. Der Gesetzgeber hat in § 24 a Nr. 3 AGBG nun sichergestellt, dass die den Vertragsschluss begleitenden Umstände bei der Inhaltskontrolle auch tatsächlich berücksichtigt werden⁴⁷⁵.

Problematischer als das Kernstück, die Inhaltskontrolle, war bei der Umsetzung der Richtlinie ihr Anwendungsbereich. Aufgrund des deutschen Protestes wurde der zunächst in Anlehnung an das französische Gesetz für alle Klauseln konzipierte sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie auf

⁴⁶⁹ Ulmer, EuZW 1993, 337, 344 ff.; Eckert, WM 1993, 1070, 1074 ff, 1078; Damm, JZ 1994, 161, 177; v. Westphalen, EWS 1993, 161, 164 f.; Heinrichs, NJW 1993, 1817, 1819; Michalski, DB 1994, 665, 667

⁴⁷⁰ Die verschiedenen Positionen hierzu vertreten z.B. Ulmer, EuZW 1993, 337, 346, der eine Umsetzung nicht für erforderlich hält und hier vielmehr eine Aufgabe der Rechtsprechung sieht, ggf. diese Kriterien zu berücksichtigen. So auch v. Westphalen, EWS 1993, 161, 165.

Für eine Ergänzung u. a. Habersack/Kleindieck/Wiedenmann, ZIP 1993, 1670, 1673; Heinrichs, NJW 1993, 1817, 1820; Damm, JZ 1994, 161, 174; Remien, ZEuP 1994, 35, 57 f.. Wohl auch in diesem Sinne Schmidt-Salzer, JZ 1995, 223, 224, der zunächst die Berücksichtigung der individuellen Umstände für ein dem AGBG bisher nicht bekanntes Phänomen hält, welches das Konzept des AGBG der abstrakt-generellen Kontrolle praktisch umwirft, seine Ansicht jedoch aufgrund der bisherigen Rechtsprechung später relativiert.

⁴⁷¹ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 78 mwN zur Rechtsprechung

⁴⁷² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 55

⁴⁷³ Z. B. sind AGB eines Reiseveranstalters bei einer Familienreise nach Mallorca anders zu bewerten als bei einem Abenteuerurlaub im Dschungel.

⁴⁷⁴ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 81

⁴⁷⁵ Alle übrigen in Art. 4 der Richtlinie aufgeführten Kriterien wurden bereits von der Rechtsprechung berücksichtigt, insbesondere Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie. Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rn. 9 ff.

„nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln“ (Art. 3) beschränkt. Da nach allgemeiner Auffassung damit nicht nur AGB, sondern auch einmalig vorformulierte Klauseln, nicht jedoch individuell zwischen den Parteien ausgehandelte Klauseln, vom Anwendungsbereich erfasst wurden, musste der deutsche Anwendungsbereich des AGBG für Verbraucherverträge auf die einmalig vorformulierten Klauseln ausgedehnt werden. Denn der Anwendungsbereich nach § 1 AGBG umfasste nur die für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Vertragsbedingungen und schloss in § 1 Abs. 2 AGBG die individuell ausgehandelten Klauseln, wie die Richtlinie, vom Anwendungsbereich aus. Durch § 24 a Nr. 2 AGBG wurde diese notwendige Erweiterung des Anwendungsbereichs für Verbraucherverträge geschaffen⁴⁷⁶.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie ergab sich auch durch die in § 1 Abs. 1 AGBG enthaltene Definition von AGB. Das dort enthaltene Merkmal „Stellen“ verlangt, dass die Klauseln von einem Vertragspartner einseitig in den Vertrag eingeführt werden mit dem Verlangen, den Vertrag auf der Grundlage dieser Klauseln zu schließen⁴⁷⁷. Da vom Anwendungsbereich der Richtlinie auch sog. Drittbedingungen, also solche, die insbesondere von Notaren in die Vertragsverhandlungen eingeführt werden sollen, nach deutscher Ansicht umfasst werden, war auch hier eine Änderung des AGBG erforderlich⁴⁷⁸. Durch § 24 a Nr. 1 AGBG wurde nur für den Verbrauchervertrag eine „Fiktion“⁴⁷⁹ eingeführt, wonach der Unternehmer stets die Vertragsbedingungen stellt, wenn er nicht beweist, dass der Verbraucher diese in den Vertrag eingeführt hat, um auf diese Weise die ursprüngliche Konzeption des AGBG unberührt zu lassen.

⁴⁷⁶ Die Vorschläge für die einhellig als notwendig angesehene Umsetzung waren verschieden: Für eine Streichung des Merkmals Vielzahl in § 1 Abs. 1 AGBG z.B. v. Westphalen, EWS 1993, 161, 163; Michalski, DB 1994, 665. Hingegen für eine gesonderte Bestimmung für solche Klauseln in Verbraucherverträgen Remien, ZEuP 1994, 34, 49 f.

⁴⁷⁷ Locher, S. 27

⁴⁷⁸ Ausführlich zum allgemein gesehenen Problem des „Stellens“ Klaas, FS für Brandner, S. 247 ff.

⁴⁷⁹ So Coester-Waltjen, Jura 1997, 272, 273; auch Locher, S. 33; Bunte, DB 1996, 1389, 1391; Kraus, FS für Craushaar, S. 139, 144, die ebenfalls von fingieren bzw. Fiktion sprechen. Eine Fiktion im eigentlichen Sinn ist § 24 a Nr. 1 AGBG nicht, da Fiktionen unwiderlegbar sind (vgl. Münchener Kommentar/Prütting, ZPO, § 292, Rn. 8). Hier hat jedoch der Unternehmer die Möglichkeit der Darlegung und des Beweises, dass der Verbraucher die Bedingungen in den Vertrag eingeführt hat (§ 24 a Nr. 1 2. Hs. AGBG). Es handelt sich hier, mangels Vermutungsbasis, um eine sog. voraussetzungslose Vermutung (vgl. Gottwald, Jura 1980, 225, 235), also eine Beweislastsonderregel, wonach der Gesetzgeber die Beweislast auf den Unternehmer übertragen (also umgekehrt) hat.

Auch der aus dem französischen Recht stammende persönliche Anwendungsbereich wurde in § 24 a AGBG übernommen, auch wenn das AGBG bislang unabhängig davon, zwischen welchen Personen die entsprechenden Verträge geschlossen wurden, allerdings mit bestimmten Maßgaben für Kaufleute, galt⁴⁸⁰. Diese Änderung war daher nicht unbedingt erforderlich, dient aber der Rechtssicherheit und –klarheit, um die neugeschaffenen Regelungen in § 24 a AGBG von den übrigen abzugrenzen und die vorstehend dargestellten Besonderheiten nur bei Verbraucherverträgen zum Tragen kommen zu lassen.

Im Übrigen wurden außer der Regelung des anwendbaren Rechts keine Änderungen oder Ergänzungen des AGBG für erforderlich befunden. Insbesondere das Kontrollverfahren musste nicht durch die Richtlinie geändert werden.

2. Die italienische Umsetzung der Richtlinie

a) Allgemeine Vorbemerkung

Zunächst ist auffällig, dass das italienische Umsetzungsgesetz nicht den in der italienischen Fassung der Richtlinie verwendeten Terminus „*abusivo*“ übernimmt, sondern stattdessen den Begriff „*vessatorio*“ verwendet.

In Deutschland gibt es ein derartiges, für das italienische Recht dogmatisch doch nicht unerhebliches Problem nicht. Der in der deutschen Fassung der Richtlinie verwendete Begriff „missbräuchlich“ findet in Art. 24 a AGBG keine – auch nicht durch ein Synonym - Erwähnung. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, bräuchte man darüber kein Wort zu verlieren, da das AGBG mit seinem weitem Schutzzweck auch die Rechtsmissbräuchlichkeit einschließt⁴⁸¹. Anders ist die Situation im italienischen Recht, da sich hinter den beiden Begriffen verschiedene Rechtskonzeptionen verbergen.

Der in der Richtlinie verwendete Begriff „*abusivo*“ (= rechtsmissbräuchlich) wurde in enger Anlehnung an den französischen Text der Richtlinie

⁴⁸⁰ Eckert, WM 1993, 1070, 1072, der eine Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs für nicht erforderlich hält. Ebenso v. Westphalen, EWS 1993, 161, 162, Heinrichs, NJW 1993, 1817, 1818

⁴⁸¹ Zum weiten Schutzzweck des AGBG um den mit der Verwendung von AGB verbundenen Gefahren entgegenzutreten und eine mögliche Störung des vertraglichen Ungleichgewichts zu verhindern, vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., Einl., Rn. 28 ff., insb. 29

verwendet. Mit dieser Übersetzung tauchte nun der Begriff auf, der in der italienische Rechtsterminologie bislang bewusst nicht verwendet wurde⁴⁸². Denn aufgrund des beherrschenden Prinzips der Vertragsfreiheit ist im c.c., auch wenn einige Bestimmungen darauf aufbauen, keine Regelung zum Rechtsmissbrauch zu finden, wie z.B. in Deutschland durch die Bestimmungen zur Inhaltskontrolle im AGBG und in §§ 138, 242 BGB. Art. 1341 f. c.c. sieht für AGB und Formularverträge nur eine förmliche Kontrolle vor.

Damit stießen zwei unterschiedliche Konzepte aufeinander, die der italienische Gesetzgeber nun zusammenbringen musste. Dies mag der Grund dafür gewesen sein, den der Konzeption des c.c. nicht diametral entgegenstehenden und bislang – auch im Rahmen von Art. 1341 f. c.c. - benutzten Begriff „*vessatorio*“ (eigentlich: quälend, schikanös; bei wörtlicher Übersetzung wohl besser: benachteiligend) zu verwenden⁴⁸³. In Bezug auf die eingeführte Inhaltskontrolle, die genau diesen Rechtsmissbrauch verhindern will, erscheint dies jedoch als oberflächliche Korrektur, um die Systemabweichung zu kaschieren⁴⁸⁴.

b) Der sachliche Anwendungsbereich

Die in Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. enthaltene Generalklausel wurde nicht unverändert aus Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie übernommen. Art. 1469-*bis* Absatz 1 c.c. übernimmt aus Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie nicht ganz wörtlich nur folgende Tatbestandsmerkmale für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit: „... *si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*“. Das in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie vorgegebene, negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ ist nicht enthalten.

⁴⁸² Alpa, Guida al diritto 10/1996, S. 6, 9

⁴⁸³ Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1178, der bezüglich des Begriffs „*vessatorio*“ auf Art. 1341 f. c.c. verweist. Die Verwendung von „*abusivo*“ in Art. 1469-*quinquies* Abs. 4 c.c. und „*abusività*“ in Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. ist wohl ein Versehen. Vgl. Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 2, der von einem „Vergessen“ in Bezug auf die Abänderung spricht.

⁴⁸⁴ Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1176 kritisiert in Bezug auf die neuen Regelungen des c.c. allgemein, dass der Gesetzgeber diese nicht der italienischen Systematik angepasst hat und auch der unpräzisen Terminologie der Richtlinie nicht abgeholfen hat.

Dieses findet sich positiv gefasst in Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. wieder, nach dem individuell ausgehandelte Klauseln nicht missbräuchlich sind.

Auch wenn es auf den ersten Blick nur so erscheint, dass die zentrale Regelung der Richtlinie auf zwei Bestimmungen des italienischen Gesetzes aufgeteilt wurde, zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass das italienische Gesetz von der Richtlinie abweicht. Der u. a. durch das in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthaltene Tatbestandsmerkmal „nicht im einzelnen ausgehandelt“ beschriebene sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie nimmt durch diese Negativabgrenzung individuell ausgehandelte Klauseln vom Anwendungsbereich aus. Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. formuliert das entsprechende Tatbestandsmerkmal zwar positiv (individuell ausgehandelt), bestimmt aber lediglich, dass diese Klauseln nicht missbräuchlich sind. Gleiches gilt für die Wiedergabe von gesetzlichen Bestimmungen gemäß Art. 1469-ter Abs. 3 c.c.. Diese sog. deklaratorischen Klauseln sind durch Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie ebenfalls vom Anwendungsbereich ausgenommen. Durch den Wortlaut „sind nicht missbräuchlich“ werden diese Klauseln jedoch gerade nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen, sondern sind vielmehr von diesem erfasst. Da in keiner anderen Bestimmung explizit der sachliche Anwendungsbereich geregelt wird, ist – *ex contrario* - also das italienische Umsetzungsgesetz auf alle Klauseln ohne Ausnahme anwendbar.

c) Die Konzeption des Umsetzungsgesetzes

Damit unterscheidet sich das italienische Umsetzungsgesetz konzeptionell von der Richtlinie, aber auch von der der Richtlinie entsprechenden deutschen Regelung. Die Richtlinie und das deutsche Gesetz regeln praktisch in einem ersten Schritt den Anwendungsbereich, wovon sie individuell ausgehandelte Klauseln ausnehmen. Nur die in den Anwendungsbereich fallenden, einseitig vom Unternehmer (oder einem Dritten) auferlegten Klauseln - unabhängig davon, ob diese für einen oder mehrere Fälle vorformuliert wurden – unterliegen dann sozusagen in einem zweiten Schritt der Inhaltskontrolle.

Während nach der Richtlinie nun alle übrigen Klauseln der Inhaltskontrolle unterliegen, jedoch nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie Gegenstand der Beurteilung der Missbräuchlichkeit nicht der Hauptgegenstand des Vertrages sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis sein darf, schließt § 8 AGBG weiterhin neben den nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie schon gar nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden deklaratorischen Klauseln auch die Klauseln über den Leistungsinhalt – und zwar nur - von Inhaltskontrolle nach §§ 9 – 11 AGBG aus⁴⁸⁵. Die sich anschließende Inhaltskontrolle kommt dann zu dem endgültigen Ergebnis, dass eine Klausel unwirksam ist oder nicht.

Das italienische Umsetzungsgesetz macht sozusagen den zweiten vor dem ersten Schritt, indem es beide vertauscht. Da alle Klauseln in den sachlichen Anwendungsbereich fallen, unterliegen sie auch alle der Inhaltskontrolle. Kommt diese zu dem Ergebnis, dass eine Klausel missbräuchlich ist, so schließt sich theoretisch, nach der Systematik eine zweite Überprüfung an, die in der Praxis aus arbeitsökonomischen Gründen wohl sofort durchgeführt werden wird. Bei dieser wird dann überprüft, ob es sich um eine Klausel i. S. d. Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. handelt, oder diese im Einzelnen von den Parteien ausgehandelt wurde (Art. 1469-ter Abs. 4 c.c.). Liegt ein solcher Fall vor, so ist diese Klausel wegen dieses Ausschlussgrundes nicht missbräuchlich. Andernfalls bleibt es bei der festgestellten Missbräuchlichkeit, und diese Klausel ist nach Art. 1469-quinquies Abs. 1 c.c. unwirksam. Allerdings kann auch eine nach Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. nicht missbräuchliche Klausel unwirksam sein, wenn es sich um eine in Art. 1469-quinquies Abs. 2 c.c. aufgeführte Klausel handelt. Im Ergebnis findet damit eine Verlagerung des Tatbestandsmerkmals des „(nicht) im einzelnen ausgehandelt“ vom Anwendungsbereich in die „Missbräuchlichkeitsbewertung“ statt⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 8 AGBG, Rn. 5

⁴⁸⁶ Lener, Il foro italiano 1996, 145, 147. Dieser geht jedoch sogar noch weiter, da er in dem Tatbestandsmerkmal des individuellen Aushandelns, welches die Voraussetzung für die Inhaltskontrolle sein sollte, nun ein weiteres, drittes Bewertungskriterium der Inhaltskontrolle zusammen mit dem erheblichen Ungleichgewicht sieht.

Diese Gleichsetzung dieser beiden Elemente auf einer Stufe ist jedoch falsch. Das individuelle Aushandeln spielt für die Abwägung im Rahmen der Missbräuchlichkeitskontrolle keine Rolle, da der Wortlaut von Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. das in den beiden ersten Absätzen dieses Artikels enthaltene Wort Bewertung (*valutazione*) in Bezug auf die Missbräuchlichkeit nicht enthält, sondern das Ergebnis der Bewertung bestimmt

Diese erheblich von der Richtlinie abweichende Konzeption des italienischen Umsetzungsgesetzes wirft nicht nur einige Fragen auf, ob der Gesetzgeber das Gesetz in der vorstehend dargestellten Weise gewollt hat, sondern auch, ob dadurch nicht ein Verstoß gegen europäisches Recht vorliegt.

Hinsichtlich der oben dargestellten Konzeption des Gesetzes wäre zu erwägen, ob der Gesetzgeber durch Art. 1469-ter Abs. 3 und 4 c.c. nicht doch, wie bei der Richtlinie, diese Klauseln vom sachlichen Anwendungsbereich ausschließen wollte, um sie nicht zum Gegenstand der Inhaltskontrolle werden zu lassen. Eine Ansicht in der Literatur spricht sich für eine solche Interpretation aufgrund der Abweichung von der Richtlinie aus⁴⁸⁷.

Gegen eine solche Überprüfung vor Durchführung der Inhaltskontrolle spricht zum einen die Systematik des Gesetzes, zum anderen auch der Wortlaut der Rechtsfolge in Art. 1469-quinquies c.c.. Die beiden Ausschlussgründe des Art. 1469-ter Abs. 3 und 4 c.c. sind in einem Artikel enthalten, der mit Feststellung der Missbräuchlichkeit (*accertamento della vessatorietà delle clausole*) überschrieben ist, und in seinen beiden ersten Absätzen die für die Inhaltskontrolle maßgeblichen Kriterien der Interessenabwägung enthält. Der Aufbau dieser Vorschrift und die Einordnung dieser beiden Ausschlussgründe an dieser Stelle des Gesetzes geben von der Systematik her nur einen Sinn, wenn sie einen nachträglichen Ausschlussgrund darstellen. Auch Art. 1469-quinquies Abs. 1 c.c. erklärt die Klauseln für unwirksam, die missbräuchlich nach Art. 1469-bis c.c. und (kumulativ) Art. 1469-ter c.c. sind. Auch Art. 1469-quinquies Abs. 2 c.c., der wegen der Wiederholung von drei Punkten aus der Liste des Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. heftig kritisiert wurde (s. u.), passt sich auf diese Weise konsequent in das System ein. Gerade diese Gründe sprechen gegen eine Interpretation im Sinne der Richtlinie. Zudem sind die Mitgliedstaaten nicht

bzw. besser korrigiert, wenn man dem oben dargelegten zwei Prüfungsschritten folgt. Die Abwägung erfolgt auch nach der italienischen Regelung, wie bei der Richtlinie, anhand des Maßstabes des erheblichen Ungleichgewichts.

⁴⁸⁷ Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 583; Alpa/Patti/Scarano, Art. 1469-ter, S. 612; Lener, Il foro italiano 1996, 145, 148 und dort auch Fn. 7. Auch Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 441, sieht in Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. einen sachlichen Ausschlussgrund, allerdings nur in dieser Vorschrift. A. A. Alpa, Giustizia civile 1996, 513, 520; Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 371

verpflichtet Richtlinien „eins zu eins“ umzusetzen, da diese nur hinsichtlich der festgelegten Ziele verbindlich sind⁴⁸⁸. Wie die Mitgliedstaaten dieses Ziel erreichen, steht in ihrem Ermessen. Da bis auf die in Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. aufgeführten Klauseln eine Inhaltskontrolle von Individualbestimmungen im Ergebnis nicht zum Tragen kommt und somit den Vorgaben der Richtlinie Rechnung getragen wird, ist eine Interpretation der Bestimmungen im Sinne der Richtlinie als Ausschlussgründe auch nicht erforderlich.

Ein Verstoß gegen europäisches Recht kann in der Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Individualklauseln nicht gesehen werden, zumal Art. 8 der Richtlinie strengere Schutzvorschriften für ein höheres Schutzniveau gestattet. Denn die Einbeziehung der individuell ausgehandelten Klauseln in den Anwendungsbereich, die fehlende Missbräuchlichkeit nur im Falle nachweislich ausgehandelter Klauseln und die Unwirksamkeit von bestimmten Klauseln nach Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. bieten vielmehr dem Verbraucher einen über dem Mindeststandard der Richtlinie hinausgehenden Schutz⁴⁸⁹. Auch aus der Tatsache, dass das Tatbestandsmerkmal für die Bestimmung des Anwendungsbereichs (Richtlinie) in die „Missbräuchlichkeitsbewertung“ verschoben wurde, ist keine Verletzung europäischen Rechts zu erkennen⁴⁹⁰. Praktisch nachteilige Auswirkungen für den Verbraucher sind hierdurch auf den ersten Blick nicht zu sehen⁴⁹¹. Inwieweit dies Auswirkungen auf die Beweisfrage hat, wird unten noch zu zeigen sein.

d) Der persönliche Anwendungsbereich und das Problem der Drittklauseln

Hingegen ist die Festlegung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Verbraucherverträge Bestandteil der Generalklausel im ersten Halbsatz des

⁴⁸⁸ Schweitzer/Hummer, Rn. 359

⁴⁸⁹ Auch das französische Gesetz geht nach der Umsetzung der Richtlinie aufgrund von Art. 8 nach wie vor von einem sachlichen Anwendungsbereich aus, der sowohl AGB als auch individuell ausgehandelte Klauseln einschließt (Berger-Walliser, RIW 1996, 459, 462).

⁴⁹⁰ So aber Lener, Il foro italiano 1996, 145, 147, der durch die Aufwertung dieses Tatbestandsmerkmals von einer Voraussetzung für die Bewertung zu einem Bewertungskriterium eine Verletzung von Art. 8 der Richtlinie sieht. Anzumerken ist, dass es sich bei dem Verstoß weniger um einen von Art. 8 der Richtlinie als vielmehr um einen des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) handeln würde.

⁴⁹¹ Auch die Kommission hat im übrigen in keiner Weise Art. 1469-*ter* Abs. 4 c.c. als Grund für eine Vertragsverletzung angesehen, da sie diesen im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens mit keinem Wort

Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. („*Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista,...*“). In Art. 1469-bis Abs. 2 c.c. finden sich mit anderen Worten die Definitionen von Verbraucher und Unternehmer⁴⁹² aus Art. 2 lit. b und lit. c der Richtlinie wieder⁴⁹³.

Die Definition des Unternehmers⁴⁹⁴ enthält allerdings abweichend von der Richtlinie (lit. c) den Hinweis, dass sich der Unternehmer des Vertrages

in ihren Schreiben an die italienische Regierung und in ihrer begründeten Stellungnahme erwähnt. Vgl. Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1188 ff.

⁴⁹² Im Italienischen wird das Wort „*professionista*“ verwendet, welches wortwörtlich der englischen und französischen Version der Richtlinie entspricht und im Deutschen wohl mit beruflich oder geschäftlich tätige Person zu übersetzen wäre. Nachdem der in der deutschen Übersetzung der Richtlinie verwendete Terminus Gewerbetreibender recht unglücklich gewählt war, wurde bei der Umsetzung in § 24 a AGBG a. F. stattdessen der Begriff Unternehmer verwendet. Er ist besser als Gewerbetreibender, da nach deutschem Verständnis hier sofort Gewerbe i. S. d. Gewerbeordnung assoziiert wird, vom dem ausdrücklich freie Berufe ausgenommen sind (§ 6 GewO). Jedoch auch der Begriff des Unternehmers ist vorbelastet, wenn man davon ausgeht, dass sich dieser von Unternehmen ableitet, welches in den einzelnen Rechtsgebieten unterschiedlich definiert wird. Der Unternehmer müsste daher als eigenständiger Begriff verstanden werden. Zur Abgrenzung, aber auch als allgemeiner Begriff wäre der einer beruflich oder geschäftlich tätigen Person vielleicht besser gewesen, weil vor allem dann auch die Freiberufler, wie von der Richtlinie vorgegeben, begrifflich eingeschlossen wären. Dieser Begriff ist aber der deutschen Terminologie völlig fremd und auch, zugegeben, recht umständlich. Um nun einen einheitlichen Begriff zu verwenden, wurde aufgrund des beabsichtigten Vergleichs mit dem AGBG als Übersetzung nun der deutsche Terminus Unternehmer gewählt.

⁴⁹³ Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1178 kritisiert die Umsetzung des Verbraucherbegriffs ins italienische Recht, die zwar richtlinienkonform sei, aber eine Einschränkung des Anwendungsbereichs beinhalte, da während der Vorbereitungsarbeiten über eine Ausdehnung des Schutzes der Regelungen über einen erweiterten Verbraucherbegriff diskutiert wurde, welcher auch Personenmehrheiten (*soggetti collettivi*), die keine juristischen Personen sind, sowie außerhalb der beruflichen Tätigkeit handelnde Personen, als auch Kleinunternehmer, die sich in einer entsprechenden schwächeren Position gegenüber ihren Vertragspartnern wie der Verbraucher befinden, umfassen sollte. Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 436 vertritt bei der diesbezüglich geführten Diskussion die Ansicht, dass unter den derzeitigen Verbraucherbegriff auch Vereinigungen fallen, die keine juristischen Personen sind (= nichtrechtsfähige Vereine).

Die beabsichtigte Ausweitung des Verbraucherbegriffs, wie sie ursprünglich im einem ersten Gesetzentwurf enthalten war, ist durch den italienischen Gesetzgeber nicht umgesetzt worden (Romagnoli, S. 33). Kritisch hierzu auch Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1004, der als Grund für die Umsetzung eines engen Verbraucherbegriffs den Einfluss der Industrielobbies anführt.

Die verabschiedete gesetzliche Regelung entspricht voll den Vorgaben der Richtlinie, indem sie den Verbraucher nur als natürliche Person („*persona fisica*“) definiert. Auch in Umsetzung anderer EG-Richtlinien, wie z.B. der über den Verbraucherkredit, wurde der Verbraucher in der italienischen Gesetzgebung stets, wie von allen Richtlinien vorgegeben, als natürliche Person wie in Art. 2 lit. b) definiert, so dass die Übernahme der Definition aus der Richtlinie nur konsequent ist und die Bemühungen zu einer Ausweitung unter diesem Gesichtspunkt nicht ganz nachvollziehbar erscheinen lassen. Auch die nachfolgende Richtlinie 97/7/EG zum Fernabsatz definiert den Verbraucher wie in Art. 2 lit. b) der Richtlinie. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass in Zukunft von Seiten der EG eine Änderung dieses Begriffes erfolgen wird.

Wird trotz allem eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffs jedoch von der italienischen Rechtsordnung beabsichtigt, so könnte, abgesehen von einer Gesetzesänderung, die Rechtsprechung hier allenfalls im Wege der Analogie tätig werden. Der Fall einer Gesetzesänderung ist nicht anzunehmen, zumal das Gesetz Nr. 281 vom 30.07.1998 (Gesetz zur Regelung des Verbraucher- und Benutzerrechts) in Art. 2 lit. a den Verbraucherbegriff erneut europarechtskonform wie Art. 1469-bis Abs. 2 c.c. definiert. Bleibt also allenfalls die Möglichkeit einer extensiven Rechtsprechung. Diesbezüglich verweist Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1179 auf den Fall *Lido s.n.c. / Enel*, der bei der *Corte Costituzionale* anhängig, aber noch nicht entschieden ist. Bezüglich einer solchen Ausdehnung des Verbraucherbegriffs ist jedoch zu bemerken, dass vor allem dann die Zielsetzung der Richtlinie (Verbraucherschutz) überschritten bzw. verletzt wird, wenn z.B. juristische Personen (insbesondere Kleinunternehmer), die zu beruflichen und gewerblichen Zwecken handeln, einem Verbraucher gleichgestellt werden. Dies wird jedoch von der Literatur gerade im Rahmen von Kettenverträgen verlangt. Jedoch steht diese Ausweitung nicht nur im Gegensatz zur Richtlinie, sondern auch zur extensiven französischen Rechtsprechung, die den *professionnel*, nur wenn er gerade nicht beruflich oder gewerblich tätig ist, dem Verbraucher gleichstellt (vgl. Berger-Walliser, *RIW* 1996, 459, 461). Letztere sei hier angeführt, da das französische Recht das Merkmal des Verbrauchervertrages mit den beiden Protagonisten *consommateur* und *professionnel* geliefert hat.

⁴⁹⁴ Die Definition des Unternehmers als natürliche oder juristische Person bereitet einigen Autoren in Italien Schwierigkeiten. Es handelt sich hierbei um die sog. *associazioni non riconosciute* (= nicht anerkannte Vereinigungen; nach deutschem Recht handelt es sich um nichtrechtsfähige Vereine gemäß § 54 BGB), die in der Art. 36 ff. c.c. geregelt sind. Sie werden nicht, obwohl sie viele Gemeinsamkeiten mit anerkannten Vereinigungen (= juristischen Personen) haben, nicht als juristische Person angesehen, sondern als eine

bedient („...che,..., *utilizza il contratto di cui al primo comma*“). Dieser Zusatz lässt jedoch Fragen über den persönlichen Anwendungsbereich des Verbrauchervertrages hinaus aufkommen, die aufgrund der hier angesprochenen Definition des Unternehmers an dieser Stelle erörtert werden sollen.

Der Zusatz könnte möglicherweise in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie erfolgt sein, wo es in Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „nicht im einzelnen ausgehandelt“ heißt, dass die Klausel „im voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb ... keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte“. Insofern könnte man meinen, dass der Gesetzgeber, anstatt dieses in der Richtlinie sehr zentrale Tatbestandsmerkmal zu übernehmen, es in sich verkehrt und in Anlehnung an Art. 1341 c.c. bzw. § 1 Abs. 1 AGBG ein neues Tatbestandsmerkmal, ähnlich dem aufgrund der Richtlinie in Deutschland umstrittenen „Stellen“, geschaffen hat. Folge eines solchen Verständnisses wäre dann allerdings, dass die sog. Drittklauseln ausgeschlossen wären⁴⁹⁵. Das wäre zwar mit der Rechtslage der Art. 1341 f. c.c. konform⁴⁹⁶, jedoch nicht mit der Richtlinie (s. o.).

eigenständige Kategorie (s. Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. 36 c.c., Anm. I, Rn. 2; Galgano, Diritto privato, S. 631). Trotz vieler Parallelen fehlt neben der Gewinnerzielungsabsicht den nicht anerkannten Vereinigungen der besondere staatliche Akt der Anerkennung durch den Staatspräsidenten (Art. 12 c.c.), der erst den Status einer juristischen Person verleiht. Ohne diese Anerkennung werden nicht anerkannte Vereinigungen nicht staatlich kontrolliert, weshalb vor allem Parteien und Gewerkschaften sowie kulturelle Vereinigungen diese Rechtsform wählen. Sie können unentgeltlich keine Güter erwerben und ihr Vorstand haftet persönlich für die Vereinigung übernommene Verpflichtungen. Di Marzio, Giustizia civile 1996, 513, 516 sieht deshalb ein Problem für diese nicht anerkannten Vereinigungen, da diese Vereinigungen nach der Rechtsprechung unternehmerische Aktivitäten ausüben können und in diesen Fällen die gesetzlichen Bestimmungen für Unternehmen Anwendung finden. Seiner Ansicht nach unterliegen auch diese nicht anerkannten Vereinigungen, obwohl keine juristischen Personen, den Bestimmungen der Art. 1469-bis ff. c.c. Vgl. auch Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 367; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-bis c.c., Anm. I, Rn. 7; Cian, Studium iuris 1996, 411, 412. Nachdem diese nicht anerkannten Vereinigungen jedoch keine Gewinnerzielungsabsicht haben dürfen, wird, auch wenn nach allgemeiner Ansicht alle Verbraucherverträge durch die Richtlinie und ihre Umsetzungsgesetze erfasst werden sollen, diese Frage wohl nur in Ausnahmefällen auftauchen, da zwischen Verbrauchern und diesen Gesellschaften (Parteien, Gewerkschaften, kulturelle Vereinigungen etc.) wohl kaum entsprechende Verträge abgeschlossen werden. Die Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung fällt nicht hierunter, da das Gesellschaftsrecht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen (vgl. 10. Erwägungsgrund) ist.

Eine entsprechende Diskussion besteht in der deutschen Literatur nicht. Bezüglich des Unternehmerbegriffs ist man sich einig, dass neben natürlichen und juristischen Personen auch Personengesellschaften sowie öffentliche Einrichtungen erfasst werden. Da eine Gewinnerzielungsabsicht nicht mehr erforderlich ist (vgl. Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 14 BGB, Rn. 3) hätte man in Deutschland auch eine Ausdehnung dieses Begriffs auf nichtrechtsfähige Vereine erwägen können, was durch die mit § 14 BGB wiederingeführten Begriffe der natürlichen oder juristischen Person (statt lediglich Person wie in § 24 a AGBG a. F.) nun auszuschließen ist. Allerdings unterstehen nichtrechtsfähige Vereine, wie in Italien, sofern sie ein Handelsgewerbe betreiben, dem Recht der OHG (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 54 BGB, Rn. 4), die als Personengesellschaft dem Unternehmerbegriff unterliegt.

⁴⁹⁵ In diesem Sinne wohl Morello, Il notariato 1996, 287, 292. Auch Lener, Il foro italiano 1996, 147, 151 zieht aus dem Zusatz den Rückschluss, dass die Klauseln einseitig vom Unternehmer vorbereitet (*predisposto*) sein müssen.

⁴⁹⁶ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1341 c.c., Anm. II, Rn. 5

Die Frage der Einbeziehung von sog. Drittklauseln ist nicht nur in Deutschland umstritten gewesen. Auch die italienische Literatur hat sich sowohl für als auch gegen eine Einbeziehung ausgesprochen, zumal schon in Bezug auf die Richtlinie Uneinigkeit bestand. Zweifel gegen einen Ausschluss von Drittklauseln könnten zum einen aus der Wortwahl herrühren. Während es in Art. 1341 Abs. 1 c.c. – vergleichbar dem Stellen in § 1 AGBG – heißt, „... *predisposto da uno dei contraenti*...“, verwendet der Gesetzgeber in Art. 1469-*bis* Abs. 2 c.c. nur den schwächeren Begriff „benutzen/verwenden“ (*utilizzare*). Die Auslegung des weiten Begriffs „benutzen“ gestattet nicht nur die Verwendung der eigenen AGB, sondern auch die Verwendung von Dritten vorgegebenen Klauseln, die sich der Unternehmer zu eigen macht⁴⁹⁷. Dieses Verständnis gilt aber auch für den Begriff *predisposto*, bei dem es wie in Deutschland nur um die Klarstellung der Verwendereigenschaft geht⁴⁹⁸. Die Verwendung des Begriffs *utilizzare*, der von der Bedeutung her schwächer ist als *predisporre*, soll wohl gerade signalisieren, dass der Gesetzgeber zwischen diesen beiden Begriffen unterschieden wissen will. Denn im Rahmen der Beweislastregelung in Art. 1469-*ter* Abs. 5 c.c. („*malgrado siano dal medesimo [professionista] unilateralmente predisposti*...“) verwendet er hingegen den Begriff *predisposti*, auch wenn bereits hier angemerkt wird, dass diese Regelung im Gesamtkonzept nicht ganz unproblematisch ist (s. u.).

Des Weiteren könnte die systematische Stellung im Rahmen der Definition des Tatbestandsmerkmals des Unternehmers gegen eine derartige Auslegung sprechen. Die Erfüllung des Unternehmerbegriffs würde sonst, entgegen den Vorgaben der Richtlinie, von einer außerhalb der bloßen Unternehmereigenschaft liegenden Voraussetzung abhängen, die ebenfalls vom Verbraucher zu beweisen wäre. Dann stellt sich auch die Frage, warum der Gesetzgeber nicht wie in Art. 1341 c.c. in Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. ein entsprechendes eigenes Tatbestandsmerkmal eingefügt hat⁴⁹⁹. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber ein solches Tatbestandsmerkmal (*predisposto dal*

⁴⁹⁷ Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 366, Fn. 21, ist der Ansicht, dass dies ein Hinweis darauf ist, dass der Unternehmer nur die Klauseln verwendet, diese aber nicht unbedingt aufgestellt haben muss.

⁴⁹⁸ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1341 c.c., Anm. II, Rn. 5

professionista) außer, wie bereits gesagt, in der Beweislastregel in Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. gerade nicht aufgestellt hat, spricht dafür, dass auch Drittklauseln von den Bestimmungen erfasst werden sollen. Dies würde auch mit dem Gesamtkonzept des Gesetzes übereinstimmen, welches erst einmal alle Klauseln in den Anwendungsbereich fallen lässt (s. o.).

Wie im Rahmen der beweisrechtlichen Ausführungen noch dargelegt wird, kann auch das in Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. enthaltene Tatbestandsmerkmal aufgrund seiner systematischen Stellung und der Konzeption des Gesetzes auch nicht herangezogen werden. Dies gilt auch für den in der Definition des Unternehmers enthaltenen Hinweis, dass dieser den Vertrag benutzt. Letzterer kann nur als Hinweis darauf hin verstanden werden, dass die Klausel nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurde. Dies entspricht auch dem Zweck der Richtlinie, die nur solche Klauseln nicht erfasst. Drittklauseln hingegen sind, obwohl nicht unstrittig, vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst. Dem entsprechend scheint der italienische Gesetzgeber durch diesen Zusatz auf den von der Richtlinie ausdrücklich nur bekämpften Machtmissbrauch des Unternehmers hinweisen zu wollen⁴⁹⁹. Der Zusatz in der Definition des Unternehmers kann und sollte daher in diesem Sinne ausgelegt werden. Die Art und Weise wie der Gesetzgeber diesen Hinweis verpackt hat, ist etwas ungeschickt. Klarer wäre es gewesen, einen solchen im Zusammenhang mit dem Verbraucher zu bringen.

Unter Berücksichtigung der systematischen Stellung und der richtlinienkonformen Auslegung stellt der Zusatz in der Definition des Unternehmers kein Hindernis gegen die Einbeziehung von Drittklauseln dar. Gleiches gilt für Art. 1469-ter Abs. 5 c.c., zumal dieser auch nur für Formularverträge und Vordrucke, also nur einen Teil des Anwendungsbereiches gilt.

⁴⁹⁹ Aus dem fehlenden Tatbestandsmerkmal „*predisposto*“ zieht Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 439 die Schlussfolgerung, dass die Regelung über missbräuchliche Klauseln auch auf Drittklauseln anwendbar ist. Vgl. auch Carbone, *Il corriere giuridico*, 1300, 1308.

⁵⁰⁰ Vgl. 9. Erwägungsgrund der Richtlinie

e) Die Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle ist in Art. 1469-*bis* und Art. 1469-*ter* c.c. geregelt. Art. 1469-*bis* c.c. enthält in Abs. 1 die Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie und übernimmt in Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. den Anhang der missbräuchlichen Klauseln in leicht veränderter Form. Art. 1469-*ter* c.c. enthält, wie seine Überschrift bereits ausdrückt, die Kriterien für die Feststellung der Missbräuchlichkeit.

Der bereits an der Richtlinie kritisierte Übersetzungsfehler im Rahmen der Generalklausel „*malgrado il requisito della buona fede*“ wurde bei der Umsetzung unverständlicherweise nicht korrigiert, sondern als „*malgrado la buona fede*“ fast unverändert übernommen. Die im Rahmen der Richtlinie besprochene Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals gilt daher auch hier: Treu und Glauben ist im objektiven Sinne zu verstehen⁵⁰¹.

Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. übernimmt in modifizierter Weise die unverbindliche, im Anhang der Richtlinie befindliche Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können. Unter Aufnahme der Vorgabe der Richtlinie wurden die Klauseln teilweise präziser gefasst und auch gegenüber der Richtlinie erweitert (vgl. Nr. 18 bis 20). Da die Liste nach der Richtlinie keinen verbindlichen Charakter hat und Art. 8 der Richtlinie den Mitgliedstaaten auch strengere Vorschriften erlaubt, kann ein Mitgliedstaat auch einen umfangreicherer Klauselkatalog erlassen. Für die Frage der Beweislast entscheidend, schreibt Abs. 3 vor, dass bis zum Beweis des Gegenteils bei diesen Klauseln die Vermutung der Missbräuchlichkeit gegeben ist (s. u.).

In Übereinstimmung mit den Vorgaben in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie enthält Art. 1469-*ter* Abs. 1 die in der Richtlinie enthaltenen positiven Bewertungskriterien für die Inhaltskontrolle wie Art der Güter und Dienstleistungen, Gegenstand des Vertrages sowie alle den Vertragsschluss begleitenden Umstände und alle im Zusammenhang mit der Klausel stehenden Vertragsklauseln dieses oder eines hiervon abhängigen oder –

⁵⁰¹ Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 439; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*bis* c.c., Anm. II, Rn. 3; Alpa, *Guida al diritto* 10/1996, S. 12

dieses Merkmal fügt Art. 1469-ter Abs. 1 hinzu - hiermit verbundenen Vertrages.

In Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. hingegen werden diejenigen Kriterien, die gerade nicht bewertet werden dürfen⁵⁰², wie Vertragsgegenstand sowie Angemessenheit von Preis und Leistung, aufgeführt (vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie)⁵⁰³. Diese Ausnahme gilt entsprechend der Richtlinie jedoch dann nicht, wenn (Haupt)Vertragsgegenstand sowie das Preis-/Leistungsverhältnis nicht in klarer und verständlicher Sprache abgefasst sind. In diesem Fall können auch diese Klauseln in die Bewertung der Missbräuchlichkeit anderer Klauseln einfließen⁵⁰⁴ oder sogar selbst für missbräuchlich erklärt werden⁵⁰⁵.

Damit ist Art. 1469-ter Abs. 1 und 2 c.c. für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit stets im Zusammenhang mit der Generalklausel in Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. zu lesen⁵⁰⁶. Abweichend von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie stellt jedoch keine der Normen klar, dass Art. 1469-ter Abs. 1 c.c. nicht für das Verbandsklageverfahren gilt. Unklar bleibt, ob der italienische Gesetzgeber dies bewusst oder unbewusst nicht übernommen hat. So könnte es den Anschein haben, dass Art. 1469-ter Abs. 1 c.c. auch für das Verbandsklageverfahren nach Art. 1469-sexies c.c. gilt. Jedoch widerspricht dies bereits den Grundsätzen der abstrakt-generellen Beurteilung im Rahmen des Verbandsklageverfahrens, welches eine individuelle Beurteilung gar nicht zulässt, so dass man eine solche Bestimmung auch als überflüssig erachten könnte.

⁵⁰² Entsprechend dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie bestimmt Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. die Kriterien, die nicht in die Bewertung der Missbräuchlichkeit miteinfließen dürfen. Hingegen sieht Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 560, in Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. einen Ausschlussgrund für den objektiven Anwendungsbereich.

⁵⁰³ Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie als auch der 19 Erwägungsgrund sprechen – auch in der italienischen Version – vom Hauptgegenstand (*oggetto principale*) des Vertrages, während Art. 1469-ter Abs. 1 nur den Vertragsgegenstand (*oggetto*) angibt. Der Begriff „Hauptgegenstand“ wird von der Richtlinie nicht definiert. Hauptgegenstand eines Vertrages sind diejenigen Leistungen für die bei einem entgeltlichen Vertrag der Preis bezahlt wird, also bei z. B. die konkret zu liefernde Sache oder zu erbringenden Dienstleistung. Man könnte daher auch, wenn man die Vertragsparteien einbezieht, von *essentialia negotii* sprechen. Vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 4, Rn. 27.

Wie Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. zu verstehen ist, wird von der italienischen Literatur nicht diskutiert. Jedenfalls muss eine richtlinienkonforme Auslegung im Sinne von Hauptgegenstand erfolgen, um den von Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 379 in diesem Zusammenhang kritisierten Widerspruch zu Art. 1469-bis Abs. 1 c.c., der in korrekter Verwendung des Wortlautes der Richtlinie von Gegenstand des Vertrages spricht, aufzulösen. Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 445 vertritt ebenso die Ansicht einer restriktiven Interpretation des Vertragsgegenstandes.

⁵⁰⁴ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-bis c.c., Anm. II, Rn. 2

⁵⁰⁵ Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 4

⁵⁰⁶ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-ter c.c., Anm. I, Rn. 1

Die Regelungen in Art. 1469-ter Abs. 1 und 2 c.c. entsprechen denen der Richtlinie, während die nachfolgenden in Art. 1469-ter Abs. 3⁵⁰⁷ und 4 c.c. enthaltenen Regelungen, wie bereits im Rahmen der Konzeption dargelegt, von der Richtlinie abweichen, indem sie keine Ausnahmen vom Anwendungsbereich beinhalten, sondern nur die Missbräuchlichkeit dieser Klauseln ausschließen⁵⁰⁸.

Das Tatbestandsmerkmal „im einzelnen ausgehandelt“ in Art. 1469-ter Abs. 4 c.c., welches in der Diskussion des Umsetzungsgesetzes eine recht zentrale Rolle einnimmt, wird nicht gesetzlich definiert, wie es in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie der Fall ist. Durch die positive Fassung des Tatbestandsmerkmal als im Einzelnen ausgehandelt konnte die Definition aus der Richtlinie allerdings auch nicht mehr übernommen werden. Die Literatur ist sich jedoch unter Bezugnahme auf die Richtlinie einig, dass eine Klausel im einzelnen ausgehandelt wurde, wenn der Verbraucher, auch bei unverändertem Text, eine tatsächliche Einflussmöglichkeit auf den Inhalt der Klauseln hatte, indem er sie z.B. seinen Wünschen entsprechend abändert oder sich willentlich mit ihnen einverstanden erklärt⁵⁰⁹.

Ferner fehlt im italienische Gesetz eine Bestimmung in Form von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie. Nach dem italienischen Gesetz kommt es jeweils nur auf die einzelne Klausel an, unabhängig davon wie viele Klauseln in einem Vertrag ausgehandelt wurden, da von Art. 1469-ter Abs. 3 und 4 jeweils nur die einzelne Klausel isoliert betrachtet wird⁵¹⁰. Da es insoweit nur auf den Charakter der umstrittenen Klausel und nicht auf den des gesamten Vertrages ankommt, können auch Klauseln in Verträgen, die gerade nicht überwiegend einen Standardvertrag darstellen, Gegenstand einer Überprüfung werden. Insofern wurde der Anwendungsbereich gegenüber der Richtlinie erweitert. Unter dem Gesichtspunkt des

⁵⁰⁷ Bei Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. wird oft kritisiert, dass die Bestimmungen internationaler Konventionen neben den gesetzlichen Bestimmungen gesondert aufgeführt werden. Dies wird als überflüssig erachtet, da diese Konventionen in nationales Recht umgesetzt werden bzw. durch Ratifikation zu nationalen Gesetzen werden. Direkt anwendbare Normen stehen in der Normhierarchie über nationalen Gesetzen und gehen diesen daher vor. Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 425

⁵⁰⁸ Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 371

Romagnoli, S. 18, geht noch weiter, indem er diese Klauseln als nicht missbräuchlich und daher wirksam erachtet. Diese Schlussfolgerung geht jedoch m. E. zu weit, da eine nach diesen Vorschriften nicht missbräuchliche Klausel aus anderen Gründen unwirksam sein kann.

⁵⁰⁹ Barenghi/Casola, Art. 1469-ter, S. 105; Romagnoli, S. 65; Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 441; Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1009; Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 372

Verbraucherschutzes als auch nach Art. 8 der Richtlinie liegt eine rechtmäßige Erweiterung vor.

f) Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klauseln

Art. 1469-*quinquies* c.c. regelt die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie offen gelassene Rechtsfolge für missbräuchliche Klauseln. Nach Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 sind diese Klauseln unwirksam, während der Rest des Vertrages wirksam bleibt⁵¹¹. Es fehlt die Bedingung der Richtlinie aus Art. 6 Abs. 1, wonach der restliche Vertrag nur wirksam bleibt, wenn er ohne diese missbräuchlichen Klauseln bestehen kann. Nach der italienischen Regelung scheint dies immer der Fall zu sein, egal ob der Restvertrag bestehen bleiben könnte oder nur noch solch rudimentäre Regelungen enthält, die ein Aufrechterhalten des Vertrages nicht gestatten würden. Es besteht hier jedoch die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung.

Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 bis 3 c.c. enthält drei Klauseln, die, auch für den Fall, dass sie ausgehandelt wurden, als unwirksam anzusehen sind. Der Wortlaut dieser drei Klauseln ist fast identisch mit den Klauseln Nr. 1, 2 und 10 des Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c., für die die widerlegbare Vermutung der Missbräuchlichkeit besteht⁵¹². Diese doppelte Auflistung der drei Klauseln hat viel Kritik hervorgerufen, da sie nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist.

Es wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass es sich bei der doppelten Auflistung um einen Fehler des Gesetzgebers handle und die drei in Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. enthaltenen Klauseln eine sog. schwarze Liste darstellen, deren Klauseln stets unwirksam sind⁵¹³.

⁵¹⁰ So auch Di Marzio, *Giustizia civile* 1996, 513, 520

⁵¹¹ Die zunächst im Parlament erörterte Rechtsfolge der Nichtigkeit wurde aufgrund eines Einwandes in Unwirksamkeit abgeändert, da nach der Notarordnung der Notar für beurkundete nichtige Klauseln die Verantwortung zu übernehmen hat. Vgl. Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 10

⁵¹² Die jeweilige Nr. 1 ist vom Wortlaut her identisch. Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 2 c.c. enthält in dem im Übrigen identischen Wortlaut neben den Handlungen auch die Rechte des Verbrauchers („*escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore...*“). Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 3 c.c. und Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 10 c.c. weichen mehr von einander vom Wortlaut ab, haben aber das gleiche Ziel. Lener, *Il foro italiano* 1996, 147, 156 kommt zu dem Ergebnis, dass die Abweichungen im Wortlaut keinen Unterschied in Bezug auf die Regelung bedeuten, diese also als gleich zu betrachten sind.

⁵¹³ Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1182, der jedoch auch auf den Widerspruch zu Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. hinweist und diesen Fehler im Wege der Auslegung oder Gesetzesänderung behoben wissen will. Vgl. auch Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quinquies* c.c., Anm. II, Rn. 1; Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 445

Eine weitere Ansicht geht bei Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. von einer schwarzen Liste in der Form aus, dass diese Klauseln aufgrund einer unwiderlegbaren Vermutung (*presunzione iuris et de iure*) unwirksam sind⁵¹⁴. Dies wird damit begründet, dass nicht einmal der Beweis des Aushandelns zugelassen sei. Denn das Aushandeln gebe ansonsten die Garantie, dass es keine Benachteiligung einer schwächeren Partei gebe, weshalb für die Fälle, in denen die Möglichkeit des Aushandelns gegeben sei, auch nur eine widerlegbare Vermutung der Missbräuchlichkeit besteht, die durch das Aushandeln widerlegt werden kann.

Nach einer anderen Ansicht ist die schwarze Liste Ausdruck der Verletzung der öffentlichen Ordnung, weshalb diese Klauseln stets verboten sein müssen. Dabei wird davon ausgegangen, dass die missbräuchlichen Klauseln nach Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. im Wege der Interpretation als nichtig anzusehen sind⁵¹⁵.

Eine weitere Ansicht geht davon aus, dass diese doppelte Aufzählung im Wege der Auslegung oder sogar Gesetzesänderung behoben werden muss, ohne hierauf näher einzugehen⁵¹⁶.

Schließlich hält eine Ansicht die in Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 bis 3 c.c. aufgeführten Klauseln für vollkommen überflüssig, da sie bereits in anderen gesetzlichen Regelungen enthalten sind, die sie für nichtig erklären⁵¹⁷.

Nach dem bestehenden Gesetzeswortlaut, insbesondere in Art. 1469-*quinquies* Abs. 1, der ausdrücklich auf die Art. 1469-*bis* und Art. 1469-*ter* verweist, sowie der Gesetzessystematik erscheinen diese Ansichten fraglich⁵¹⁸. Erstaunlich ist bei den Ansichten, die die Wiederholung der drei

⁵¹⁴ Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 1300, 1308; Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1010; Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 250, 255

⁵¹⁵ Di Marzio, *Giustizia civile* 1996, 513, 532

⁵¹⁶ Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1182

⁵¹⁷ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quinquies* c.c., Anm. II, Rn. 2 ff.

⁵¹⁸ Man könnte auf die Idee kommen, dass der italienische Gesetzgeber bei Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. eine Anleihe in einem Entwurf der Richtlinie genommen hat. Die Regelung erinnert stark an Art. 3 Abs. 3 des Geänderten Vorschlags der Kommission (Kom (92) 66 – SYN 285 vom 4.3.92), in dem es in Satz 2 heißt: „Die in Ziffer 1 Buchstaben a), b), c) und p) des Anhangs aufgeführten Klauseln sind selbst dann als missbräuchlich zu betrachten, wenn sie im einzelnen ausgehandelt wurden.“ Interessanterweise sind die im Anhang unter Buchstaben a) und b) aufgeführten Klauseln gleich mit Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 und 2 c.c. Allerdings gibt es einen großen Unterschied zwischen dem Geänderten Vorschlag und dem italienischen Umsetzungsgesetz, der an dieser These zweifeln lässt: der Geänderte Vorschlag der Kommission sah als sachlichen Anwendungsbereich immer noch einseitig vorgegebene als auch individuell ausgehandelte Klauseln vor.

Klauseln für überflüssig bzw. als Fehler des Gesetzgebers erachten, dass keiner konsequent die Ansicht vertritt, dass die in Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1, 2 und 10 c.c. enthaltenen Klauseln überflüssig und damit unbeachtlich sind, also eigentlich gestrichen werden müssten bzw. diese Forderung ohne nähere Begründung gestellt wird. Aber auch die anderen Ansichten überzeugen nicht, wie ein Vergleich zu den Ausführungen zum sachlichen Anwendungsbereich zeigt. Der Gesetzgeber scheint sich aufgrund der ausdrücklichen Erwähnung von Art. 1469-*bis* c.c. wohl vielmehr dieses Widerspruchs bewusst gewesen zu sein. Dieser angebliche Widerspruch - nach Art. 1469-*quinquies* sind diese Klauseln unwirksam, während dieselben nach Art. 1469-*bis* Abs. 3 lediglich als benachteiligend angenommen werden können⁵¹⁹ - löst sich dann auf, wenn man davon ausgeht, dass Art. 1469-*quinquies* c.c. nur die Rechtsfolge der festgestellten Missbräuchlichkeit regelt. Denn Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 c.c. bezieht sich ausdrücklich auf die nach Art. 1469-*bis* und Art. 1469-*ter* c.c. als missbräuchlich festgestellten Klauseln. Ist also eine Klausel nach Art. 1469-*bis* oder Art. 1469-*ter* c.c. als missbräuchlich anzusehen, so ist sie nach Art. 1469-*quinquies* unwirksam. Während Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 diese Rechtsfolge allgemein festlegt, regelt Abs. 2 im Besonderen die Rechtsfolge für die dort aufgeführten drei Klauseln. Die in Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 bereits ausgesprochene Rechtsfolge der Unwirksamkeit wird wiederholt und zusätzlich auch für den Fall, dass diese Klauseln ausgehandelt wurden und damit die Missbräuchlichkeit wieder aufgehoben wurde bzw. sein könnte, ausgesprochen⁵²⁰. Folge ist, dass Klauseln, die aufgrund des Beweises des Gegenteils durch den Unternehmer nicht als missbräuchlich anzusehen sind, auch nicht unwirksam sind bzw. wenn sie missbräuchlich sind, auch dann für unwirksam erklärt werden, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt wurden. Hier geht die Regelung über die Richtlinie unter Anwendung von Art. 8 hinaus, indem sie auch Individualklauseln einschließt. Auf diese Weise wäre der Widerspruch gelöst, jedoch stellt Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. dann keine sog. schwarze Liste dar, wie so oft vertreten wird. Dann bei einer

⁵¹⁹ Di Marzio, *Giustizia civile* 1996, 513 spricht in diesem Zusammenhang fälschlicherweise stets von Klauseln. Unterstellt man, dass diese Klauseln stets missbräuchlich sind, so kommt es in der Tat zu einem Wertungswiderspruch.

⁵²⁰ In diesem Sinne auch Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 9; Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 446

echten schwarzen Liste wären diese Klauseln per se unwirksam (vgl. § 11 AGBG). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Die Missbräuchlichkeit wird zunächst anhand der Generalklausel bzw. Liste festgestellt. Sofern das Ergebnis positiv ist bzw. sein könnte, kann durch den Nachweis einer Individualvereinbarung das Ergebnis der Missbräuchlichkeit revidiert bzw. vermieden werden. Fallen diese ausgehandelten Klauseln dann unter Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. sind sie dennoch unwirksam.

Gegen eine schwarze Liste spricht aber noch ein weiteres Argument. Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. ordnet die Unwirksamkeit einer Klausel nur für den in Art. 1469-*ter* Abs. 4 c.c. vorgesehenen Fall an, dass eine Klausel individuell ausgehandelt wurde. Den Parallelfall in Art. 1469-*ter* Abs. 3 c.c. wird mit keinem Wort erwähnt. Es mag sein, dass man davon ausgegangen ist, dass die in Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 aufgeführten Klauseln niemals in einer gesetzlichen Regelung enthalten sein werden. Unterstellt man den hypothetischen Fall, dass beide Ausschlussgründe vorliegen, so müsste für die Individualklauseln Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. eingreifen, hingegen wären die Klauseln nach Art. 1469-*ter* Abs. 3 c.c. nicht missbräuchlich. Soll dann trotzdem Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. gelten? Oder gibt es vielmehr einen Grund, weshalb die Klauseln nicht unwirksam, weil nicht missbräuchlich, sein können. Bei einer sog. schwarzen Liste gibt es solche Gründe nicht. Diese Klauseln sind immer per se und von Anfang an unwirksam.

Es wird im Ergebnis wohl darauf hinauslaufen, dass die in Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. enthaltenen Klauseln, unabhängig davon, ob sie die Form von Individualvereinbarungen, einmalig vorformulierte Klauseln oder AGB haben, unwirksam sind, da der Unternehmer in der Regel nicht die Nichtmissbräuchlichkeit beweisen kann. Trotzdem kann die Unwirksamkeit dieser Klauseln nicht von vornherein als unwiderlegbar vermutet (*presunzione iuris et de iure*) werden.

Nach Art. 1469-*quinquies* Abs. 3 c.c. kann die Unwirksamkeit der Klausel nur zugunsten des Verbrauchers erklärt werden (vgl. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie). Es ist klar, dass sich ein Unternehmer nicht auf die Unwirksamkeit seiner von ihm selbst vorgegebenen Klauseln berufen kann.

Wichtig jedoch ist, dass die Unwirksamkeit einer Klausel, auf die sich der Verbraucher berufen muss, zusätzlich auch von Amts wegen erklärt werden kann⁵²¹. In Umsetzung von Art. 8 wird dadurch dem Verbraucher ein höheres Schutzniveau garantiert. Das Gericht wird somit zum einen zum Schützer des Verbrauchers, zum anderen muss der Unternehmer fürchten, dass mehr Klauseln vom Gericht für missbräuchlich erachtet werden als vom Verbraucher erkannt, so dass er diese bereits im Vorfeld abändert oder anders formuliert.

g) Die Verbandsklage

Art. 1469-*sexies* setzt das in Art. 7 Abs. 2 und 3 der Richtlinie vorgeschriebene Verbandsklageverfahren um und bestimmt die Verbraucher- und Unternehmerverbände sowie die Industrie- und Handelskammern als aktivlegitimiert sowie den die Klauseln verwendenden Unternehmer als auch seinen Verband als passivlegitimiert in einem Prozess vor einem ordentlichen Gericht.

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie gibt als Aktivlegitimierte nur Personen oder Organisationen mit einem berechtigten Interesse am Schutze des Verbrauchers vor. Art. 1469-*sexies* c.c. zählt hierzu auch die Unternehmerverbände. Es ist jedoch höchst unwahrscheinlich, dass ein Unternehmensverband gegen Unternehmer wegen AGB gerichtlich vorgehen wird, und wenn, zumindest nicht im Rahmen des Verbraucherschutzes⁵²². Eine Verletzung von EG-Recht zu Lasten des Verbraucherschutzes ist daraus aber nicht abzuleiten, so dass auch hier nur eine weitergehende nationale Regelung geschaffen wurde.

Unklar bleibt nach Art. 1469-*sexies* c.c., welchen Verbraucherschutzorganisationen ein Klagerecht eingeräumt wird bzw. welche Voraussetzungen solche Organisationen erfüllen müssen, um als Verbraucherschutzorganisation klagen zu können. Mit dem Gesetz Nr. 281 vom 30.07.1998 löste der italienische Gesetzgeber diese offene Frage,

⁵²¹ Cian/Trabucchi, Complemento giurisprudenziale, Art. 1469-*quinquies*, Anm. III

⁵²² Anders ist die Situation der Industrie- und Handelskammern in Italien, die nach dem Gesetz Nr. 580/1993 AGB zum Schutze von Verbrauchern überwachen und daher – im Gegensatz zu Deutschland - eine Position zum Schutze des Verbrauchers einnehmen.

indem er in Art. 2 lit. b zum einen den Begriff definierte, zum anderen in Art. 5 die allgemeinen Voraussetzungen einer Verbraucherorganisation konkretisierte⁵²³. Danach müssen Verbraucherorganisationen bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um in die beim Ministerium für Industrie, Handel und Handwerk geführte Liste der klagebefugten Organisationen (Art. 3 des Gesetzes 281/98) aufgenommen zu werden. Neben dem Ziel, ausschließlich und ohne Gewinnerzielungsabsicht nur dem Schutze der Verbraucher oder Benutzer zu dienen, muss die Organisation seit mindestens drei Jahren bestehen (Art. 5 Abs. 2 lit. a), über eine jährlich aktualisierte Mitgliederliste einschließlich der gezahlten Mitgliedsbeiträge verfügen (lit. b), in mindestens 5 Regionen des italienischen Staates präsent sein und eine Mitgliederzahl von nicht weniger als 0,5 Promille der nationalen Bevölkerung haben (lit. c), jährlich eine Bilanz gemäß den Vorschriften für nicht anerkannte Einrichtungen erstellen (lit. d), in den drei vorangegangenen Jahren ununterbrochen tätig gewesen sein (lit. e) und schließlich dürfen die gesetzlichen Vertreter nicht vorbestraft und nicht Unternehmer oder Unternehmensvertreter auf dem gleichen Sektor wie die Verbraucherorganisation sein (lit. f). Bis auf die in lit. c enthaltene Voraussetzung sind die übrigen normal und zu erwarten gewesen. Hingegen wird die Voraussetzung der Mitgliederzahl schwer zu erfüllen sein⁵²⁴, da in Italien eine Tradition für reine Verbraucherorganisationen wie in anderen Mitgliedstaaten nicht besteht. Die Zahl solcher Verbraucherschutzorganisationen, die in die Liste aufgenommen werden können, wird daher sehr gering ausfallen. Hintergrund für eine solch hohe Zahl kann nur sein, dass möglichst nur national operierende Organisationen von gewisser Bedeutung für den Verbraucherschutz und nicht jede Mini-Organisation mit besonderen Interessen das in seiner Wirkung nicht zu unterschätzende Klagerecht eingeräumt bekommen. Dieser Ausschluss von Kleingruppen kann auf der anderen Seite dazu führen, dass kein umfassender Verbraucherschutz gewährt wird, zumal sich die Gruppe der

⁵²³ Das Gesetz 281/98 ergänzt zum einen die Regelung des Art. 1469-*sexies* c.c. in Bezug auf die Verbraucherorganisationen. Es hat jedoch darüber hinaus eine eigenständige Bedeutung, da es ein allgemeines Klagerecht in Art. 3 zum Schutze von Verbraucherinteressen einführt.

⁵²⁴ Bei einer derzeitigen Bevölkerungszahl von ca. 58.000.000 ist also eine Mindestzahl von 29.000 Mitgliedern erforderlich.

zugelassenen Organisationen aufgrund der nicht unerheblichen Zulassungshürden in Zukunft nicht besonders vergrößern wird.

Hinsichtlich der Passivlegitimierung zählt zwar Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. entsprechend Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie den einzelnen Unternehmer oder seinen Verband auf, die diese AGB verwenden. Eine Klagemöglichkeit gegen mehrere Unternehmer desselben Wirtschaftssektors zusammen ist nicht vorgesehen. Auch wird Passivlegitimation nur im Falle der Verwendung dieser, nicht jedoch ähnlicher Klauseln, gesetzlich festgeschrieben. Der Tatbestand der Empfehlung fehlt. Dies wäre insbesondere in Bezug auf die Unternehmensverbände wichtig, da diese in der Regel die Klauseln nicht verwenden, sondern nur den Unternehmern zur Verwendung empfehlen. Damit läuft die Klagemöglichkeit nach dem Wortlaut gegen die Unternehmensverbände im Grunde leer und es besteht nur eine Klagemöglichkeit gegen den einzelnen Unternehmer, wie sie auch der Individualprozess eröffnet⁵²⁵. Das Ziel des Verbraucherschutzes durch Untersagung von AGB zu einem möglichst frühen Zeitpunkt mit größtmöglicher Auswirkung, nämlich gegenüber den empfehlenden Unternehmensverbänden, wurde durch Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. nicht umgesetzt. Nach Auffassung der Kommission liegt hier ein Verstoß gegen den *effet utile* vor, den der italienische Gesetzgeber bereinigen muss⁵²⁶. Jedoch stellt Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie nach dem Wortlaut eine Ermessensvorschrift („können“) dar, so dass es im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber überlassen sein müsste, ob er das abstrakte Kontrollverfahren auch auf die in Abs. 3 erwähnten Möglichkeiten ausdehnen will⁵²⁷.

Im Sinne von Art. 8 der Richtlinie hat Italien zwei weitere Regelungen zum Schutze des Verbrauchers erlassen. Zum einen sieht Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. ein Eilverfahren vor, wenn berechtigte Gründe hierfür vorliegen. Zum anderen regelt Art. 1469-*sexies* Abs. 3 die Möglichkeit des Richters, den

⁵²⁵ So auch die Auffassung der Europäischen Kommission in ihrem Gutachten vom 18. Dezember 1998, abgedruckt in: Codice del consumatore dell'utente, S. 884 ff., insbesondere S. 887.

⁵²⁶ Die Kommission hat diesen Vertragsverstoß in ihrer begründeten Stellungnahme vom 18.12.1998 gerügt (Vgl. Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1191). Im Gegensatz zu Art. 5 wird von Italien hier eine Vertragsverletzung bestritten, da man der Auffassung ist, der Richtlinie Genüge getan zu haben (Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kom (2000) 248 endg., S. 8).

Gerichtsbeschluss in einer oder mehreren (nationalen) Zeitungen zu veröffentlichen. Die Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutze von Verbraucherinteressen sieht in ihrem Art. 2 lit. a und b ebenfalls diese Möglichkeiten vor⁵²⁸.

Problematisch in Bezug auf das Eilverfahren ist der nach der italienischen Zivilprozessordnung (Art. 669-*bis* ff. c.p.c. regeln das einstweilige Verfügungsverfahren) nicht vorgeschriebene Dringlichkeitsgrund. Denn es ist nicht eindeutig geregelt, wann berechtigte Gründe für die Eilbedürftigkeit gegeben sind⁵²⁹. Jedoch ist die Regelung eines Eilverfahrens ein wichtiges Mittel für den Verbraucherschutz (Art. 8), um die lange Verfahrensdauer, während der die Klauseln als gültig fortbestehen, abzukürzen bzw. nicht zu einem Mittel des Unternehmers werden zu lassen⁵³⁰.

Inwieweit Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. zum Verbraucherschutz beitragen wird, muss die Praxis zeigen, da die in Zeitungen veröffentlichten Urteile keine bindende Wirkung für andere Unternehmer und lediglich Appelcharakter haben.

h) Sonstige Regelungen

aa) Die Beweislastregelung in Art. 1469-*ter* Abs. 5 c.c.

Der letzte Absatz von Art. 1469-*ter* setzt die Beweislastregelung des Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie um. Während die Richtlinie eine Beweislastregelung für Standardvertragsklauseln vorsieht, gilt die Beweislastregel in Art. 1469-*ter* Abs. 5 c.c. nur für Klauseln in

⁵²⁷ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 23; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 11

⁵²⁸ ABIEG L 144 vom 4.6.1997, S. 19 ff.

⁵²⁹ Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 418 hält die Regelung in Art. 1469-*sexies* Abs. 2 für überflüssig, da die Zivilprozessordnung in Art. 669-*bis* ff. allgemein ein einstweiliges Verfügungsverfahren vorsieht. Hingegen ist Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 454 der Auffassung, dass der Gesetzgeber mit Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. eine neue Regelung schaffen wollte, die zum einen das kollektive Element zum Gegenstand hat, zum anderen durch die Voraussetzung eines Dringlichkeitsgrundes einen leichteren Zugang zu einem Eilverfahren eröffnen wollte als dies nach Art. 700 c.p.c. der Fall ist. Diese Auffassung bestätigt auch der Beschluss des Tribunale von Palermo vom 22.10.1997 (Guida al diritto 1998, Nr. 1, S. 55 ff.), das ausführt, dass im Falle von Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. gerade nicht die Voraussetzung des *periculum in mora* gemäß Art. 700 c.p.c. gegeben sein muss, sondern dass lebenswichtige Güter oder Dienstleistungen betroffen sind bzw. ein grundlegendes Recht einer Person verletzt wird und der Unternehmer eine Monopol- oder Oligopolstellung innehat. Vgl. zu diesem sog. qualitativen Kriterium auch Cian/Trabucchi, *Complemento giurisdizionale*, Art. 1469-*sexies* c.c., Anm. VII

Formularverträgen und Vordrucken („*Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti...*“). In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass in der Beweislastregelung nun auf einmal von Formularverträgen die Rede ist, während alle Regelungen, bis auf Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. sowie die Regelung zur Verbandsklage in Art. 1469-*sexies* c.c, stets Vertragsklauseln ohne Spezifikation zum Gegenstand haben. Der erste Halbsatz von Art. 1469-*ter* Abs. 5 c.c wurde aus Art. 1342 Abs. 1 c.c. wörtlich (mit der Ausnahme der Verwendung des Singular statt des Plurals für den Begriff Vertrag) übernommen. Diese Parallelität der Vorschriften bestätigt, dass Gegenstand der Beweislastregelung nur Formularverträge sein sollen.

Zwar bestehen in der Regel Formularverträge nur aus Standardvertragsklauseln, diese jedoch können auch in anderen als Formularverträgen enthalten sein. Insofern stimmt die italienische Umsetzung nicht ganz mit der Richtlinie überein. Die Frage, ob hier ein Verstoß gegen europäisches Recht vorliegt, erübrigt sich aufgrund der Konzeption des italienischen Gesetzes, nach der diese Vorschrift nur die bereits nach der Grundregel bestehende Beweislastverteilung für einen bestimmten Fall wiederholt (s. u.).

bb) Der Schadensersatzanspruch des Unternehmers (Art. 1469-*quinquies* Abs. 4 c.c.)

Nicht in der Richtlinie enthalten ist der in Art. 1469-*ter* Abs. 4 enthaltene Schadensersatzanspruch (kein Regress im rechtlichen Sinn, wie es der Gesetzestext vorsieht) des Unternehmers für Folgen aus der Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln. Abgesehen davon, dass der italienische Gesetzgeber statt „*vessatorie*“ auf einmal den in der Richtlinie enthaltenen Begriff „*abusive*“ verwendet, mutet ein solcher Schadensersatzanspruch im Rahmen einer Verbraucherschutzregelung äußerst merkwürdig an. Dieser

⁵³⁰ Durch das Eilverfahren wird kurzfristig eine Entscheidung erlassen, die für das sich zwingend anschließende Hauptverfahren (Art. 669-*octies* c.p.c.) maßgebend und bis zum Abschluss des Hauptverfahrens gültig ist. Vgl. zum einstweiligen Verfügungsverfahren Luiso, Vol. IV, S. 154 f.

gehört nicht hierher⁵³¹. Der Schadensersatzanspruch des hier nunmehr abweichend von der bisherigen Terminologie als Verkäufer bezeichneten Unternehmers richtet sich nicht gegen den bisher im Rahmen dieser Regelungen nur bekannten Verbraucher (das wäre auch absurd), sondern gegen eine andere Person, den sog. „*fornitore*“, also den „Lieferer“ bzw. den Vertragspartner des Unternehmers, von dem letzterer Waren (reine Dienstleistungen sind in der Regel nicht weiterzuverkaufen) bezieht, für Schäden, die Folge der Unwirksamkeit der missbräuchlichen Klauseln sind. Die nunmehr verwendeten Begriffe des Verkäufers und des Lieferers werden nicht definiert und ihre Bedeutung ist nur aus dem logischen Zusammenhang zu erklären. Auch die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs sind sehr vage formuliert. Unklar bleiben die konkreten Voraussetzungen für einen solchen Rückgriff. Einzige denkbare Voraussetzung ist, dass der „*fornitore*“ dem Unternehmer Vertragsbedingungen vorgegeben hat, die dieser an seine Kunden weitergeben musste mit der Folge, dass der Unternehmer bei Unwirksamkeit dieser Klauseln gegenüber dem Verbraucher als der „dumme“ Dritte dasteht. Hier wurde somit wohl der Kritik Rechnung getragen, die einen Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber ihren starken Vertragspartnern vermissten⁵³².

Art. 8 der Richtlinie als Rechtsgrundlage für diese Regelung wird wohl kaum in Betracht kommen, da diese Regelung allein dem Unternehmer dient und kein höheres Verbraucherschutzniveau garantiert. Andererseits wird durch diese Regelung der Verbraucherschutz auch nicht verletzt oder sogar angetastet, weil sie einen hiervon unabhängigen Fragenkreis betrifft, weshalb eine Verletzung der Richtlinie bzw. von EG-Recht durch Italien auch nicht gegeben ist. Da eine Verletzung von EG-Recht nicht vorliegt und auch keine diesbezüglich Regelungskompetenz, was aufgrund des Prinzips der beschränkten Ermächtigung nicht der Fall ist, kann jeder Mitgliedstaat nationale Regelungen auch im Zusammenhang mit einer Richtlinie erlassen.

⁵³¹ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quinquies*, Anm. III, Rn. 1 - 3; Lener, Il foro italiano 1996, 145, 157, ist der Auffassung, dass ein solcher Schadensersatzanspruch dazu dienen soll zu vermeiden, dass das dem Unternehmer auferlegte Risiko durch eine mögliche Unwirksamkeit seiner Vertragsbedingungen durch höhere Preise gegenüber dem Verbraucher kompensiert werden.

Der Schadensersatzanspruch kann daher nur als rein nationale zusätzliche Regelung angesehen werden⁵³³.

i) Bereits erfolgte Änderungen des Umsetzungsgesetzes

Das italienische Umsetzungsgesetz war nicht nur in Italien Gegenstand heftiger Diskussionen. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften erachtete das italienische Umsetzungsgesetz in einigen Punkten als nicht richtlinienkonform und leitete darauf hin im Jahre 1998 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien nach Art. 169 EGV a. F. ein, nachdem Italien aufgrund von Beanstandungen seitens der Kommission keine Gesetzesänderungen vorgenommen hatte⁵³⁴.

In ihrem ersten Mahnschreiben hat die Kommission ihre gegenüber Italien bereits dargelegten Kritikpunkte wiederholt und die italienischen Argumente zurückgewiesen. Die Kommission beanstandete die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verträge zur Übertragung von Gütern und Erbringung von Leistungen (Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c.), eine fehlende Bestimmung zum Ausschluss der für den Verbraucher günstigsten Auslegung bei der Verbandsklage, die Regelung des anwendbaren Rechts in Art. 1469-*quinquies* letzter Absatz und die Klagebefugnis von Verbraucherverbänden gegen Unternehmensverbände aufgrund der Empfehlung von AGB durch letztere. Die italienische Regierung hat diese Kritikpunkte zunächst zurückgewiesen, indem sie zu den einzelnen Punkten ausführte, dass eine Beschränkung des Anwendungsbereichs nicht bestehen würde, die Regelung der *interpretatio contra proferentem* bereits in Art. 1370 c.c. enthalten sei, das Problem von Art. 1469-*quinquies* c.c. durch Auslegung durch die Literatur bereits behoben wurde und schließlich, dass Empfehlungen der Unternehmensverbände keine Bindungswirkung

⁵³² So auch Di Marzio, *Giustizia civile* 1996, 513, 518, der den Schutz des schwachen Unternehmers nur im Falle von Franchising und Kommissionsgeschäften als denkbar erachtet.

⁵³³ Ein solcher Schadensersatzanspruch ist bislang im italienischen Recht nicht geregelt gewesen. Diesem zugrunde zu liegen scheint Art. 1337 c.c., der eine Haftung nach *culpa in contrahendo* eines Vertragspartners u. a. bei Kenntnis oder Kennen müssen über nichtige Teile eines zu schließenden Vertrages vorschreibt. Entscheidend für einen solchen Schadensersatzanspruch ist die Kenntnis oder das Kennen müssen, da Grundlage des Anspruchs „*buona fede*“ ist, was man mit Treu und Glauben in diesem Fall gleichsetzen kann. Die Kenntnis wird bei Art. 1469-*quinquies* c.c. nicht vorausgesetzt, trotzdem scheint auch hier der Gedanke des „*buona fede*“ Grundlage für den Schadensersatzanspruch zu sein.

⁵³⁴ Vgl. Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1188 ff.

besäßen⁵³⁵. Die Kommission hat dann eine begründete Stellungnahme mit einer nochmaligen Frist zur Beseitigung der von ihr gerügten Punkte erlassen. Nach erfolglosem Fristablauf hat die Kommission darauf hin das Klageverfahren eingeleitet, welches derzeit noch beim EuGH anhängig ist.

Mit Gesetz vom 21.12.1999, Nr. 526, hat Italien jedoch durch Art. 25 folgende Kritikpunkte der Kommission behoben:

aa) Art. 1469-bis Abs. 1 c.c.

Die Beschränkung des objektiven Anwendungsbereichs durch Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. a. F. auf Warenverkäufe und Dienstleistungen war Gegenstand heftiger Kritik. Nicht nur die italienische Literatur⁵³⁶, sondern auch die Europäische Kommission⁵³⁷ vertreten die Ansicht, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf die „Übertragung von Gütern und Erbringung von Leistungen“ (Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. a. F.) beschränkt werden darf, sondern dass alle Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern, sogar unabhängig vom Vertragsgegenstand, in den Anwendungsbereich dieser Regelungen fallen sollen.

Betrachtet man den Wortlaut der Richtlinie, so erschien es, dass gerade Italien dem Wortlaut der Richtlinie vollumfänglich Rechnung getragen hatte. In einigen Erwägungsgründen ist stets vom (Ver-) Kauf von Waren und Dienstleistungen die Rede. Auch Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie spricht von den Gütern und Dienstleistungen als Vertragsgegenstand, ohne allerdings den Vertragstypus zu bestimmen. Demnach ist die beschränkende Einfügung in die italienische Regelung eigentlich nur konsequent, zumal auch in den Erwägungsgründen stets vom Verkauf, also einer Übertragung von Gütern und Erbringung von Leistungen die Rede ist.

Anders jedoch die Aussage des 10. Erwägungsgrundes. Dort wird vorgegeben, dass „diese Vorschriften ... für alle Verträge zwischen

⁵³⁵ Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1189 f.

⁵³⁶ Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1177; so auch Cian, Studium iuris 1996, 411, 413, nach dessen Ansicht, alle Verträge, die ein Geben oder Tun von Seiten des Unternehmers zum Gegenstand haben, in den sachlichen Anwendungsbereich fallen.

⁵³⁷ Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kom (2000) 248 endg., S. 8 in Bezug auf das auch unter diesem Gesichtspunkt gegen Italien eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren, welches derzeit noch beim Gerichtshof anhängig ist (98/2026).

Gewerbetreibenden und Verbrauchern gelten“. Das wird nur dann klar, wenn man unvoreingenommen von den vorherigen Erwägungsgründen alleine den 10. Erwägungsgrund betrachtet. Dieser nimmt allerdings eine wichtige Funktion für den sachlichen Anwendungsbereich ein, da nur an dieser Stelle ausdrücklich das Familien-, Erb-, Arbeits- und Gesellschaftsrecht ausgenommen und nur hier ausdrücklich auf die Anwendung auf alle Verträge, und nicht nur den Kaufvertrag, abgestellt wird⁵³⁸. Dies rechtfertigt, ihm eine besondere Bedeutung zuzumessen. Wohlgemerkt, der 10. Erwägungsgrund bezieht sich nur auf die Vertragsart und nicht auf den Vertragsgegenstand. Letzterer sind Güter und Dienstleistungen, wie Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie ausdrücklich bestimmt. Doch auch hier herrscht weniger Klarheit als es den Anschein hat. Denn auch hier soll im Interesse des Verbraucherschutzes der Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Vertragsgegenstände beschränkt werden, sondern umfassend sein. Entsprechend weit sind daher die Begriffe Waren bzw. Güter und Dienstleistungen auszulegen⁵³⁹.

Nach diesen Erwägungen hätte man in der italienischen Regelung eine Beschränkung auf bestimmte Vertragstypen sehen können, die die Leistung von Gütern oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben und somit eine Vertragsverletzung mangels ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinie darstellen⁵⁴⁰. Es war jedoch fraglich, ob der italienische Gesetzgeber eine solche Beschränkung beabsichtigt hatte, und es nicht vielmehr Intention des Gesetzgebers war, die Worte der Richtlinie, insbesondere aus den Erwägungsgründen, aufzugreifen, und diese im Sinne der Richtlinie auszulegen, ohne den Anwendungsbereich zu beschränken⁵⁴¹. Dies bestätigte auch die Fassung von Art. 1469-ter Abs. 1 c.c., der den Wortlaut von Art. 4

⁵³⁸ Auch im deutschen Recht vertreten einige die Ansicht, dass die Anwendung der deutschen Regelung auf alle Verträge eine über die Richtlinie hinausgehende Ergänzung im Sinne von Art. 8 der Richtlinie darstelle, da der Wortlaut der Richtlinie, wie die italienische Regelung ursprünglich auch, nur Verträge zur Übertragung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen vorsehe. So die Ansicht von Heinrichs, NJW 1996, 2190, 2191; Coester-Waltjen, Jura 1997, 272, 273.

⁵³⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 1 RiLi, Rn. 29; Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 1, Rn. 13 ff.

⁵⁴⁰ So die Ansicht der Kommission widergegeben in Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1188.

⁵⁴¹ Im Rahmen des von der Kommission beabsichtigten Vertragsverletzungsverfahrens hat die italienische Regierung zu dem im Mahnschreiben der Kommission enthaltenen Vorwurf Stellung genommen und ausgeführt, dass Art. 1469-bis c.c. gerade keine Beschränkung enthalte, sondern extensiv auszulegen sei. Da die Kommission jedoch auf ihrem Standpunkt beharrt, und dies in ihrer begründeten Stellungnahme vom 18.12.1998 festgehalten hat, wird über diesen Punkt der EuGH entscheiden. Vgl. Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1190 f.

Abs. 1 der Richtlinie in etwa wiederholt. Bei dieser Auslegung war Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. richtlinienkonform. Mit Art. 25 Abs. 1 des Gesetz 529 vom 21.12.1999 hat der Gesetzgeber dann zur Klarstellung und Vermeidung weiterer Diskussionen diesen Nebensatz aus Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. gestrichen.

bb) Ausschluss der Interpretation zugunsten des Verbrauchers im Verbandsklageverfahren

Durch Art. 1469-*quater* c.c. wird Art. 5 Satz 1 und 2 der Richtlinie wortgetreu umgesetzt⁵⁴². Art. 5 Satz 3 der Richtlinie, der die Anwendung der Auslegungsregel von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie ausnimmt, wurde zunächst nicht übernommen, so dass man der Auffassung sein konnte, dass diese Regelung auch für das Verbandsklageverfahren nach Art. 1469-*sexies* c.c. galt⁵⁴³. Die italienische Regelung verstieß somit gegen die Richtlinie⁵⁴⁴. Denn werden Regelungen einer Richtlinie nicht umgesetzt, so sind diese grundsätzlich im Rahmen des *effet utile* im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw., sofern die Voraussetzungen für eine unmittelbare Wirkung vorliegen, vom Gericht aufgrund des Legalitätsprinzips direkt anzuwenden. Letzteres gilt jedoch nur für eine vollständige Regelung, jedoch nicht für Teilelemente. Für eine richtlinienkonforme Auslegung gab es im Rahmen von Art. 1469-*quater* c.c. keinen Ansatz, da der jeweilige Wortlaut des nationalen Rechts die Grundlage für eine derartige Auslegung bildet. Eine Anwendung der *interpretatio contra proferentem* im Verbandsklageverfahren war daher nach der alten Rechtslage nicht ausgeschlossen⁵⁴⁵. Der italienische Gesetzgeber hat deshalb mit Art. 25 Abs. 2 des Gesetzes 526/99 Art. 1469-*quater* Abs. 3 c.c. hinzugefügt, der

⁵⁴² In Art. 1469-*quater* Satz 1 c.c. findet sich die Regelung des Transparenzgebotes, und in Satz 2 die Regelung der günstigsten Auslegung für den Verbraucher. Letztere ist bereits im Rahmen der Regelungen von *contratti standard* in Art. 1370 c.c. enthalten (str.). Der unterschiedliche Anwendungsbereich erfordert jedoch eine erneute Regelung. Vgl. Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1370 c.c., Anm. 1 mwN

⁵⁴³ Bianca/Busnelli/Bellelli, Art. 1469-*sexies*, S. 943

⁵⁴⁴ Die Kommission hat diesen Punkt daher in der begründeten Stellungnahme im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens gerügt. Vgl. Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1188 ff. Italien hat sich gegenüber der Kommission verpflichtet, Art. 5 vollständig umzusetzen. Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kom (2000) 248 endg., S. 8

⁵⁴⁵ Einige Stimmen in der Literatur und auch Gerichte haben einfach diese Lücke durch Anwendung dieser Regelung wohl zugunsten des Verbrauchers geschlossen. Vgl. Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1185

bestimmt, dass Art. 1469-*quater* Abs. 2 nicht in den Fällen des Art. 1469-*sexies* c.c. anzuwenden ist.

cc) Änderung von Art. 1469-*quinquies* letzter Absatz c.c.

Der letzte Absatz von Art. 1469-*quinquies* setzte bis Anfang 2000 nur unzulänglich die Regelung aus Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie um, nach der auch bei Wahl des Rechts eines Drittlandes dem Verbraucher weiterhin der Schutz der Richtlinie gewährt wird, wenn der Vertrag einen engen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist. Der Verweis in Art. 1469-*quinquies* Abs. 5 a. F. auf „diesen Artikel“ war unglücklich vom Gesetzgeber gewählt, da der Schutz des Verbrauchers nur durch alle Regelungen des italienischen Umsetzungsgesetzes zusammen gewährt wird⁵⁴⁶. Insofern musste Art. 1469-*quinquies* Abs. 5 c.c. entsprechend bis zu seiner Korrektur durch Art. 25 Abs. 3 des Gesetzes 526/99, der nun eine Bezugnahme auf das gesamte Kapitel beinhaltet, ausgelegt werden.

3. Die Regelung des c.c. im Vergleich zum deutschen AGBG

Wie schon bereits den Ausführungen zu den Umsetzungsgesetzen zu entnehmen ist, bestehen Abweichungen nicht nur zwischen dem italienischen Umsetzungsgesetz und der Richtlinie, sondern auch zum deutschen Umsetzungsgesetz, welches sich enger als das italienische Gesetz an die Richtlinie hält.

a) Der sachliche Anwendungsbereich

Wie bereits vorstehend dargelegt, weicht dadurch vor allem der sachliche Anwendungsbereich der beiden Gesetze von einander ab. Durch § 1 Abs. 2 AGBG werden Individualklauseln vom Anwendungsbereich ausgeschlossen⁵⁴⁷, welche hingegen bei der italienischen Regelung in den Anwendungsbereich fallen. Gleiches gilt für Klauseln, die gesetzliche

⁵⁴⁶ Dieser Punkt war ebenfalls Gegenstand des von der Kommission gegen Italien eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens.

⁵⁴⁷ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 40 ff. führt Verweis auf die Rechtsprechung und die h.M. in der Literatur aus, dass § 1 Abs. 2 AGBG als Einschränkung der AGB-Definition in § 1 Abs. 1

Bestimmungen wiedergeben. § 8 AGBG schließt die Anwendung der Bestimmungen der §§ 9 – 11 AGBG auf diese Bestimmungen aus, während nach Art. 1469-ter Abs. 3 diese Klauseln als nicht missbräuchlich angesehen werden⁵⁴⁸. Damit wird auch die unterschiedliche Konzeption der beiden Gesetze deutlich. Das AGBG, wie auch die Richtlinie, führen erst eine „Aussiebung“ der zu prüfenden Klauseln im Rahmen der Überprüfung des Anwendungsbereichs durch. Nur die in den Anwendungsbereich fallenden Klauseln unterliegen dann der Inhaltskontrolle, während das italienische Gesetz diese beiden Schritte umgekehrt hat (vgl. oben).

Die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthaltene Definition von „nicht im einzelnen ausgehandelt“, hat man im Gegensatz zur italienischen Regelung positiv formuliert mit anderen Worten in § 24 a Nr. 2 AGBG eingefügt. Dabei wird zwar im deutschen der bereits in § 1 Abs. 1 AGBG vorhandene Terminus „vorformuliert“ statt „im voraus abgefasst“ verwendet, jedoch handelt es sich hierbei in der Sache um dasselbe, da jeweils die Klauseln vor Vertragsschluss mit dem Verbraucher in der Regel schriftlich niedergelegt wurden, ohne dass letzterer Einfluss auf die Klauseln nehmen konnte. Jedoch fehlt auch in der deutschen Regelung eine Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie.

verstanden wird, und damit als Ausschluss von Individualvereinbarungen aus dem Anwendungsbereich des AGBG.

⁵⁴⁸ Nach § 8 AGBG sind deklaratorische Klauseln, diejenigen, die die gesetzliche Bestimmung wiederholen und die auch ohne die Klausel für dieses Rechtsverhältnis gelten würde. Sofern die Klausel vom gesetzlichen Leitbild abweicht oder in einem anderen gesetzlichen Zusammenhang Anwendung finden soll, ist sie konstitutiv und daher der Inhaltskontrolle zu unterziehen. Deklaratorische Klauseln sind alle Klauseln, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, also diese nur wiedergeben. Unter den Begriff der Rechtsvorschriften fallen alle innerstaatlichen formellen Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, ungeschriebenen Rechtsgrundsätze. Internationale Abkommen, die innerstaatlich umgesetzt wurden, sind daher als innerstaatliche Gesetze anzusehen. (Vgl. Zoller, BB 1987, 421 ff.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 AGBG, Rn. 5, 22 ff.; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 8 AGBG, Rn. 31)

Während in Deutschland der Begriff der Rechtsvorschriften im Sinne der Richtlinie weit ausgelegt wird, wird in Italien der in Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. enthaltene Wortlaut (*disposizioni di legge*) aufgrund seiner Abweichung zur Richtlinie (*disposizioni legislative e regolamenti imperative*) diskutiert. Ein Teil der Literatur befürwortet eine Auslegung im Sinne der Richtlinie und damit die Einbeziehung von Rechtsverordnungen und Satzungen (Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 586; Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 250, 257), während sich die Gegenansicht an den Wortlaut des Umsetzungsgesetzes unter Berufung auf Art. 8 der Richtlinie hält (Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 442; Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 374; Romagnolo, S. 59, der auch jegliches Gewohnheitsrecht ausschließt). Auch die Rechtsprechung ist sich in diesem Punkt nicht einig, vgl. die Hinweise bei Cian/Trabucchi, *Complemento giurisprudenziale*, Art. 1469-ter c.c., Anm. IV. Dies hat Bedeutung vor allem für den öffentlich-rechtlichen Sektor, der ebenfalls als Unternehmer im Sinne des Art. 1469-bis c.c. auftreten kann. Die ausdrückliche Erwähnung der internationalen Abkommen wird, sofern es sich nicht um Abkommen handelt, die *self-executing* sind, als überflüssig erachtet, da diese Abkommen durch Umsetzungsgesetze innerstaatliches Recht sind (Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-ter c.c., Anm. II, Rn. 6; Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 374). Während völkerrechtliche Verträge in der Regel durch Ratifizierung in innerstaatliches Recht umgesetzt werden, können mit *self-executing* nur nicht umgesetzte Richtlinien des Gemeinschaftsrecht gemeint sein. Letztere werden nach dem deutschen Recht nicht erfasst.

Eine ausdrückliche Beweislastregelung wie in Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. enthält das AGBG nicht. Jedoch wird nach der Grundregel der Beweislastverteilung im Rahmen von § 1 Abs. 2 AGBG der Unternehmer als beweispflichtig für das Vorliegen einer Individualvereinbarung angesehen, weshalb eine solche ausdrückliche Regelung als nicht erforderlich angesehen wurde (s. u.).

b) Der persönliche Anwendungsbereich und das Problem der Drittklauseln

Übereinstimmend gelten die beiden Umsetzungsgesetze nur für Verbraucherverträge. Wie Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. enthält § 24 a AGBG das für die Umsetzung der Richtlinie entscheidende Tatbestandsmerkmal des Verbrauchervertrages, welches ursprünglich gleich die Definitionen von Verbraucher und Unternehmer mitlieferte, welche nun in den neu geschaffenen §§ 13 und 14 BGB wieder zu finden sind⁵⁴⁹. Die entsprechenden Definitionen sind in Art. 1469-bis Abs. 2 enthalten (s. o.)⁵⁵⁰.

Anders als die alte Definition des Unternehmers in § 24 AGBG, die lediglich von einer Person sprach, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelte, wurden in § 14 BGB wieder die auch in der Richtlinie enthaltenen Vorgaben juristische oder natürliche Person sowie darüber hinaus die rechtsfähige Personengesellschaft, die in § 14 Abs. 2 legaldefiniert wird, eingefügt⁵⁵¹. Damit nähert sie sich der

⁵⁴⁹ Die Definition des Unternehmers war ursprünglich in § 24 a AGBG enthalten, wurde dann durch das durch das Handelsrechtsreformgesetz von 1998 in § 24 Satz Nr. 1 AGBG verschoben und, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG und in der Absicht des deutschen Gesetzgebers ein einheitliches Widerrufsrecht zu schaffen, wurde diese nun in den neugeschaffenen § 14 BGB eingefügt (BGBl. 2000, Teil I, 897 ff.).

Die Definition des Verbrauchers war in § 24 a AGBG enthalten und wurde nun zusammen mit der des Unternehmers in das BGB eingefügt (BGBl. 2000, Teil I, 897 ff.).

⁵⁵⁰ Die durch diese Definitionen in Italien hervorgerufenen Diskussionen über die Einbeziehung bestimmter Gruppen, wie z.B. kleiner Unternehmer, in den Verbraucherbegriff gab es in Deutschland nicht. Denn in Deutschland werden durch das AGBG auch kleinen Unternehmern und sonstigen Gruppierungen Schutz gewährt.

⁵⁵¹ Erklärung für die Nichtübernahme der Konkretisierungsmerkmale der Person in § 24 AGBG konnte nur sein, dass alle rechtlich denkbaren Personen im Wege der richtlinienkonformen Auslegung unter den Begriff des Unternehmers fallen können, so dass man in Deutschland diese Spezifizierung wohl als überflüssig erachtete und auf sie verzichtete. Die Aufnahme der Begriffe juristische und natürliche Person lassen jedoch erkennen, dass ein weites Verständnis, wie es den Anschein in § 24 AGBG hatte, doch nicht gewünscht ist. Konnten nach § 24 AGBG auch die in Italien als problematisch erachteten nichtrechtsfähigen Vereine unter den Unternehmerbegriff fallen, entsprechen diese nicht mehr dem aus § 1059 a BGB in § 14 BGB überführten Begriff der rechtsfähigen Personengesellschaft, worunter OHG, KG, EWIG zu verstehen sind, jedoch keine BGB-Gesellschaft oder Vereine.

In Bezug auf den Unternehmerbegriff ist auch folgendes zu ergänzen: Die früher vertretene Ansicht, dass ein Unternehmer immer mit Gewinnerzielungsabsicht handeln müsse (Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rn. 18), wird heute von der h. M. nicht mehr aufrechterhalten (Borges, DZWIR 1997, 402, 404; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 8. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 16; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 14 BGB, Rn. 2).

italienischen Definition wieder an, die sich in Bezug auf die Charakterisierung des Unternehmers an den Wortlaut der Richtlinie hält, indem sie lediglich von einer beruflichen Tätigkeit spricht und auch die dort enthaltenen Alternativen öffentlich-rechtliche oder private Person übernimmt, die sowohl in § 24 AGBG als auch § 14 BGB fehlen. Die durch den deutschen Wortlaut erfolgte Beschränkung auf eine selbständige berufliche Tätigkeit entspricht jedoch der Auslegung der italienischen Regelung⁵⁵².

Den in der Definition des Unternehmers enthaltenen Zusatz („*che, ..., utilizza il contratto di cui al prima comma*“), der bereits im Vergleich mit der Richtlinie besprochen wurde, fehlt in der deutschen Definition des Unternehmers. Allerdings, wie oben bereits angedeutet, wird durch das auch für Verbraucherverträge gültige Tatbestandsmerkmal des „Stellens“ in § 1 Abs. 1 AGBG eine gemäß der Zielsetzung der Richtlinie entsprechende Zuweisung der Klauseln nur an den Unternehmer vorgenommen. Damit stellt sich auch hier die Frage der Drittklauseln.

Um das Problem der sog. Drittklauseln zu lösen, hat der deutsche Gesetzgeber in Ergänzung des Tatbestandsmerkmals des „Stellens“ § 24 a Nr. 1 AGBG geschaffen, wonach vom Unternehmer als auch von Dritten gestellte Klauseln dem Unternehmer zugerechnet werden⁵⁵³. Ausgeschlossen sind nach dem deutschen Gesetz ausdrücklich nur vom Verbraucher gestellte Bedingungen, wie aus § 24 a Nr. 1 AGBG hervorgeht.

Auch wenn damit in beiden Gesetzen vorausgesetzt wird, dass die Klauseln vom Unternehmer vorgegeben werden, wird jedoch aufgrund der Fassung von § 24 a Nr. 1 AGBG klarer als im italienischen Gesetz, dass auch Drittklauseln erfasst werden. Denn § 24 a Nr. 1 AGBG enthält eine Vermutung, dass es sich immer um eine Klausel des Unternehmers handelt. Diese kann nur durch den Nachweis, dass die Klausel vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurde, widerlegt werden. Eine solche Widerlegung

⁵⁵² Morello, Il Notariato 1996, 287, 291 geht für den Anwendungsbereich des *professionista* davon aus, dass dieser den Unternehmer im eigentlichen Sinne als auch Freiberufler einschließt. So auch Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 367.

⁵⁵³ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 36

ist für Drittklauseln aber nicht möglich, sofern diese nicht auf Wunsch des Verbrauchers von dem Dritten in den Vertrag eingeführt wurden.

Auch die Definition des Verbrauchers in § 13 BGB (früher § 24 a AGBG)⁵⁵⁴ weicht im Wortlaut von der italienischen ab, die ihrerseits mit der Richtlinie übereinstimmt. In die deutsche Definition wurde, wie beim Unternehmer, zur beruflichen Tätigkeit das Wort „selbständig“ eingefügt, so dass eine negative Konkretisierung des Personenkreises des Verbrauchers vorgenommen wurde⁵⁵⁵, die in Italien nicht besteht⁵⁵⁶. Eine solche Einschränkung des Personenkreises, welche Arbeitnehmer stets als Verbraucher ansieht, ist nicht von der Richtlinie vorgegeben, da die Definition in Art. 2 lit. b der Richtlinie nur von einer beruflichen Tätigkeit spricht, ohne diese einzuschränken. Damit ist sowohl eine selbständige als auch eine unselbständige Tätigkeit gemeint⁵⁵⁷. Allerdings ist es fraglich, ob hier eine Abweichung von der Richtlinie vorliegt, zumal man davon ausgehen kann, dass ein Arbeitnehmer normalerweise nicht im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit Verträge für seine eigene Person abschließt, sondern für seinen Arbeitgeber. Ausnahmen wie z.B. beim Erwerb von Arbeitskleidung werden deshalb im Rahmen der Richtlinie von einer Ansicht so ausgelegt, dass es sich hier nur um einen mittelbaren Bezug zur beruflichen Tätigkeit handelt, so dass dem Arbeitnehmer die Verbrauchereigenschaft nicht abhanden kommt⁵⁵⁸. Folgt man dieser Auslegung der Richtlinie, so ist der Wortlaut von § 24 a AGBG nur Ausfluss dieser Auslegung. Andernfalls wird durch die grundsätzliche Einbeziehung von Arbeitnehmern unter den Verbraucherbegriff der geschützte Personenkreis vergrößert, so dass man dann im Rahmen von Art. 8 der Richtlinie von einer strengeren Vorschrift ausgehen kann⁵⁵⁹.

Auch die italienische Regelung könnte in diesem Sinne ausgelegt werden. Der Wortlaut „...*per scopi estranei all'attività imprenditoriale o*

⁵⁵⁴ Änderung durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung des Euro vom 27.06.2000 (BGBl. 2000, Teil I, 897 ff.)

⁵⁵⁵ Auch bereits in § 1 VerbrKrG wurde der Begriff des Verbrauchers in dieser Weise negativ abgegrenzt. Insofern ist die Beibehaltung dieser Definition nur konsequent.

⁵⁵⁶ Auch Arbeitnehmer werden in Bezug auf den Verbraucherbegriff wie Selbständige behandelt, vgl. Cian /Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-bis c.c., Anm. I, Rn. 1

⁵⁵⁷ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 2, Rn. 7; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2 RiLi, Rn. 9

⁵⁵⁸ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 2, Rn. 13; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 2 RiLi, Rn. 9

⁵⁵⁹ Heinrichs, NJW 1996, 2190, 2191

professionale...“ würde diese Auslegung gerade in Bezug auf die Zweckbestimmung (unmittelbar oder mittelbar) erlauben. Diese Frage wird jedoch in der italienischen Literatur kaum erörtert. Es scheint vielmehr, dass auch bei Arbeitnehmern die Verbrauchereigenschaft davon abhängt, dass der Vertrag nicht zu beruflichen Zwecken geschlossen wurde⁵⁶⁰. Das entspricht dem Wortlaut der Richtlinie und des italienischen Umsetzungsgesetzes.

Problematisch kann die Frage der Verbrauchereigenschaft jedoch eigentlich nur in den Fällen werden, in denen der Vertragsgegenstand Zweifel aufwirft, d.h. wenn Mischfälle von privater und beruflicher Nutzungsmöglichkeit vorliegen. Fälle rein beruflicher Nutzung (z.B. Arbeitskleidung) haben im italienischen Recht von selbst den Ausschluss der Verbrauchereigenschaft zur Folge. Damit ist zu fragen, wie Mischfälle zu qualifizieren sind.

In Bezug auf die Frage, wann ein Vertrag nicht zu beruflichen Zwecken geschlossen wird, befürwortet ein großer Teil der Literatur in Italien eine weite Auslegung. Besonders bei Verträgen, die sowohl private als auch berufliche Zwecke betreffen, wird vorgeschlagen, dass es sich hierbei um Verbraucherverträge handelt⁵⁶¹. Diese Auslegung, die sich an diejenige der Richtlinie zu mittelbaren Berufszwecken anlehnt, würde jedoch nicht nur speziell für Arbeitnehmer, sondern grundsätzlich für alle natürlichen Personen gelten. Es bleibt abzuwarten, wie die italienische Rechtsprechung den Begriff *consumatore* auslegt. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt es bislang bei Mischfällen, wie in Deutschland auch, auf den überwiegenden

⁵⁶⁰ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-bis c.c., Anm. I, Rn. 1; Alpa/Patti/Astone, Art. 1469-bis, S. 108, der bei der Bestimmung des Verbrauchers zunächst von der subjektiven Eigenschaft der Person ausgehen will, wobei er bei z.B. Arbeitnehmern, Rentnern und Studenten, die Verbrauchereigenschaft vermutet, und erst, wenn diese Vermutung nicht ohne weiteres angenommen werden kann, auf die objektiven Umstände, also den Zweck des Vertrages, abstellen will.

Dieser Ansicht kann nicht ohne weiteres gefolgt werden, da die Definition des Verbrauchers ausschließlich an den Zweck des Vertrages und nicht an die Eigenschaft einer Person anknüpft. Zudem ist bei dieser Ansicht völlig unklar, unter welchen „eindeutigen“ Umständen eine solche (tatsächliche) Vermutung stets eingreift. Auch die Beispielsfälle des Arbeitnehmers, Rentners oder Studenten können ggf. beruflich tätig werden, wenn diese z.B. Verträge in der Absicht einer Nebenbeschäftigung abschließen. Im Ergebnis kann dies nur im Einzelfall durch das Gericht entschieden werden.

⁵⁶¹ Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 435; Carbone, Il corriere giuridico 1996, 1300, 1303; Faillace, Contratto e impresa 1996, 1996, 365 f., die sich aufgrund des französischen Beispiels eine weite Auslegung durch die italienische Rechtsprechung wünschen.

Zweck an, auch wenn dieses Kriterium für eine Abgrenzung manchmal nicht besonders prägnant und hilfreich ist⁵⁶².

Die Diskussion in Italien geht in eine andere Richtung als in Deutschland. Von der deutschen Literatur wird die Frage der Einbeziehung von „kleinen, schwachen Unternehmern“ in den Verbraucherbegriff, welche in Italien umfassend diskutiert wird (s. o.), nicht erwogen⁵⁶³. Diese Frage drängt sich durch die mögliche Anwendung des AGBG auf Verträge zwischen Unternehmern auch nicht auf.

Im Ergebnis weichen die Begriffe nur in Bezug auf den oben besprochenen Zusatz (Verwendung des Vertrages durch den Unternehmer) bei der Definition des Unternehmers und auf die Beurteilung des Arbeitnehmers als Verbraucher ab. Drittklauseln werden von beiden Regelungen erfasst, genauso wie vom Verbraucher gestellte Klauseln ausgeschlossen werden.

c) Inhaltskontrolle

aa) Die Generalklausel

Der bei der Inhaltskontrolle zugrunde zu legende Maßstab findet sich in § 9 Abs. 1 AGBG. Auch wenn diese Regelung für Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie Pate gestanden hat, unterscheidet sich der Wortlaut der beiden Regelungen insofern, dass die Richtlinie bzw. Art. 1469-*bis* c.c. „zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“, während § 9 AGBG eine „unangemessene Benachteiligung“ verlangt, wobei alle Regelungen als Maßstab das Gebot von Treu und Glauben anführen. Trotz dieser sprachlichen Abweichungen, wonach die Richtlinie bzw. Art. 1469-*bis* c.c. ein Missverhältnis zum Nachteil des Verbrauchers, § 9 AGBG eine unangemessene Benachteiligung voraussetzt, ist doch im Ergebnis dasselbe

⁵⁶² Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 1996, 365 f.; Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 435; Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 1300, 1303. A.A. Alpa/Patti/Astone, Art. 1469-*bis*, S. 110, der den Begriff ganz eng auslegt und daher in Fällen von „gemischten“ Verträgen eine Verbrauchereigenschaft ablehnt.

⁵⁶³ Di Marzio, *Giustizia civile* 1996, 513, 519 schlägt eine Einbeziehung von kleinen Unternehmern in Verbraucherbegriff dann vor, wenn ein Vertrag zu einem gemischten Zweck, also beruflich und privat, vorliegt, so dass dann von einem Vertrag zu privaten Zwecken ausgegangen werden soll. Gegen eine Einbeziehung aufgrund des Wortlautes („*persona fisica*“) vgl. Tribunale von Rom, *Rassegna giuridica Enel* 1998, 432 ff. mit Anmerkung Rossi; Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1005, die aufgrund des Wortlautes der Bestimmung eine solche Ausdehnung ablehnen. Auch der vom

gemeint⁵⁶⁴. Alle Regelungen haben die Vertragsgerechtigkeit zum Ziel in Fällen, bei denen diese bei einem Nachteil von einigem Gewicht zu Lasten des Verbrauchers nicht gegeben ist.

Die Tatbestände sind sehr unbestimmt gefasst und bedürfen der Konkretisierung. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Merkmal von Treu und Glauben um ein überflüssiges Merkmal, eine Ausgestaltung des erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses bzw. der unangemessenen Benachteiligung, oder um ein gesondert zu bewertendes zweites Kriterium handelt. Diese Diskussion hat sich insbesondere in der italienischen Literatur im Anschluss daran ergeben, „*buona fede*“ im objektiven Sinne zu interpretieren.

Eine Ansicht in der italienischen Literatur sieht das Kriterium von Treu und Glauben unter Berufung auf die anderen europäischen Rechtsordnungen als ein überflüssiges Merkmal an, welches gleichbedeutend mit dem erheblichen Missverhältnis sei⁵⁶⁵. Auch in der älteren deutschen Literatur wird diese Ansicht vertreten, dass das Merkmal von Treu und Glauben eine allgemeine Form der spezielleren Benachteiligung darstelle⁵⁶⁶. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da sie nicht richtlinienkonform ist. Abgesehen von der ausdrücklichen Erwähnung in Art. 3 Abs. 1 wird insbesondere im 16. Erwägungsgrund der Richtlinie klargestellt, dass das Gebot von Treu und Glauben Ausfluss von Beurteilungskriterien ist, die besonders in die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einfließen, wie z. B. das vertragliche Kräfteverhältnis der Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen und das Verhalten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher. Auch in der neueren deutschen Literatur und Rechtsprechung wird dem Gebot von Treu und Glauben gesondert Beachtung geschenkt, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Von einer Identität der Begriffe kann daher keinesfalls die Rede sein, sondern vielmehr davon,

italienischen Gesetzgeber eingeführte Schadensersatzanspruch in Art. 1469-*quinquies* c.c. spricht gegen eine derartige Auslegung. In diesem Sinne auch Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 1300, 1303.

⁵⁶⁴ Eckert, WM 1993, 1070, 1074 f.; Damm, JZ 1994, 161, 171; v. Westphalen, EWS 1993, 161, 164; Heinrichs, NJW 1993, 1817, 1819

⁵⁶⁵ Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1007; Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 439

⁵⁶⁶ Schmidt-Salzer, NJW 1977, 129, 138, der in Bezug auf die beiden Merkmale von einer Tautologie spricht.

dass das Gebot von Treu und Glauben den Begriff des Missverhältnisses ausfüllt.

Auch die h. M. in der italienischen Literatur hält daher das Merkmal „*buona fede*“ für ein Kriterium, dem eine eigene Bedeutung beizumessen ist. Welche Bedeutung diesem Merkmal jedoch beizumessen ist, ist Gegenstand der Diskussion. Eine Ansicht misst dem Merkmal *buona fede* eine eigenständige Bedeutung neben dem erheblichen Ungleichgewicht zu⁵⁶⁷. Diese Ansicht greift auf das Verständnis des c.c. von *buona fede* zurück, welches von einer Parität der Vertragsparteien ausgeht, wobei beiden Parteien auferlegt wird, sich fair gegenüber der anderen Vertragspartei zu verhalten⁵⁶⁸. In diesem Sinne wird auch hier *buona fede* verstanden, indem der Unternehmer seiner Verpflichtung zu korrektem Verhalten gegenüber dem Vertragspartner nachkommen soll⁵⁶⁹. Eine missbräuchliche Klausel setzt dann ein erhebliches Ungleichgewicht der vertraglichen Verpflichtungen sowie ein unfaires Verhalten des Unternehmers voraus⁵⁷⁰.

Interessant wäre dann jedoch die Frage, ob beide Elemente kumulativ erfüllt sein müssen, oder nur eines von beiden, oder ob es sich bei der Beurteilung der Korrektheit des Unternehmers um ein zusätzliches, optionales Abwägungskriterium handelt. Diese Frage muss anhand des Willens des Gemeinschaftsgesetzgebers als auch in dem Streben nach einem möglichst hohen Verbraucherschutzniveau beantwortet werden. Danach kann es sich bei dem zweiten nur um ein zusätzliches Kriterium handeln. Zum einen, um wieder den 16. Erwägungsgrund der Richtlinie zu bemühen, schreibt dieser für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit die Beachtung der Interessenlage zwingend vor („...muss ...beachtet werden.“). Hingegen wird bezüglich des Verhaltens des Unternehmers nur die Möglichkeit eröffnet, dieses positiv zu berücksichtigen („kann“). Wenn das Verhalten des Unternehmers also dem

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 5 sowie die Darstellung bei Di Marzio, Giustizia civile 1996, 513, 522 f.; Alpa/Patti/Uda, Art. 1469-bis, S. 77; Carbone, Il corriere giuridico 1996, 250, 256. Morello, Il notariato 1996, 285, 290, überläßt letztendlich jedoch die Entscheidung für die eine oder andere Ansicht der Rechtsprechung.

⁵⁶⁸ Im Italienischen wird der Begriff der *correttezza* verwandt, vgl. Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 377, Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 5

⁵⁶⁹ Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 376 ff.; Di Marzio, Giustizia civile 1996, 513, 522 f.

⁵⁷⁰ Alpa/Patti/Uda, Art. 1469-bis, S. 77, geht dabei davon aus, dass es sich bei dem erheblichen Ungleichgewicht um ein wirtschaftliches handeln müsse und *buona fede* dann im Sinne einer generellen Klausel, die den Vertrag im Übrigen bewertet. Hinsichtlich des wirtschaftlichen Ungleichgewichts bestehen insofern Bedenken, da Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. eine Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ausschließt.

Gebot widerspricht, ist es also nur ein weiteres Argument für das Missverhältnis. Zum anderen kann, um ein möglichst hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, dieses nicht (allein) vom Verhalten des Unternehmers abhängig gemacht werden. Es ist nicht nur fraglich, wann sich der Unternehmer überhaupt korrekt verhält. Jedenfalls könnte dieser dann, wenn er z.B. dem Verbraucher die Klauseln vorliest und kurz erklärt, sich unter Umständen bereits korrekt verhalten und so das inhaltliche Missverhältnis durch ein förmliches Verhalten aushebeln. Dies läuft dem Verbraucherschutz und dem Ziel der Inhaltskontrolle absolut zuwider, so dass das Unternehmerverhalten nur zusätzlich herangezogen werden, für die Beurteilung jedoch nicht ausschlaggebend sein kann⁵⁷¹.

Auch dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Sie erscheint ebenfalls im Hinblick auf den 16. Erwägungsgrund zu einseitig, wenn sie in dem Gebot von Treu und Glauben nur das Verhalten des Unternehmers als zusätzliches Kriterium zum Missverhältnis ansieht. Denn dadurch wird der Interessenlage der Parteien, die gerade das Kernstück des Gebots von Treu und Glauben nach dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie darstellt, insofern keine Rechnung getragen, da es hauptsächlich nur auf das Missverhältnis der vertraglichen Verpflichtungen ankommt. Zudem scheint es so, dass das objektive Kriterium der *buona fede* dadurch wieder subjektiviert wird.

Die neuere deutsche Literatur vertritt hingegen in Bezug auf § 9 die Ansicht, dass dem Gebot von Treu und Glauben nur eine doppelte Funktion zukommt: Zum einen bestimmt es, dass als Maßstab für die Interessenabwägung ein objektiver Maßstab anzulegen ist und nicht ein subjektiver im Sinne einer gröblichen Missachtung der Interessen des Geschäftspartners (§ 138 BGB)⁵⁷². Zum anderen dient das Gebot von Treu und Glauben der Beurteilung, ob eine unangemessene Benachteiligung, also ein Verstoß von nicht unerheblichem Gewicht, vorliegt⁵⁷³. Demnach setzt

⁵⁷¹ In diesem Sinne auch Alpa, *Giustizia civile* 1996, 513, 523

⁵⁷² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 113, vgl. hierzu auch die Rechtsprechung des BGH vor Inkrafttreten des AGBG, welche als Maßstab § 242 BGB bei der Beurteilung von AGB zugrunde legte, und an die § 9 AGBG anknüpft (BT-Drucksache 7/3919, S. 22).

⁵⁷³ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 73; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 113 f.; Locher, S. 141

eine unangemessene Benachteiligung eine Abweichung vom dispositiven Recht mit Nachteilen von einigem Gewicht für den Verbraucher voraus⁵⁷⁴, die aus der Interessenabwägung auf der Grundlage der typischen Interessen der an diesem Geschäft beteiligten Kreise resultiert⁵⁷⁵. In Italien wird von einem großen Teil in der Literatur ebenfalls diese Ansicht vertreten⁵⁷⁶, wonach das Merkmal *buona fede* das erhebliche Ungleichgewicht bestimmt und damit dieses Merkmal ausfüllt⁵⁷⁷.

Diese Auffassung trägt, im Gegensatz zu den anderen Ansichten, dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie Rechnung. Auch in anderen Mitgliedstaaten, wie Frankreich, Belgien und den Niederlanden, bestehen starke Entwicklungstendenzen, das Gebot von Treu und Glauben in der zuletzt vorgestellten Weise zu interpretieren⁵⁷⁸, so dass es diesbezüglich wohl zu einem europäischen Konsens kommen wird.

Die in § 9 Abs. 2 AGBG enthaltene Konkretisierung der Generalklausel des § 9 Abs. 1 AGBG ist eine rein deutsche Regelung⁵⁷⁹. Weder in der Richtlinie noch in der italienischen Regelung ist eine solche Konkretisierung zu finden. Diese beiden Regelungen konkretisieren die Generalklausel nur in Form der Klausellisten, wie sie §§ 10 und 11 AGBG darstellen (s. u.), jedoch nicht in Form zusätzlicher allgemeiner Kriterien. Da § 24 a AGBG in Nr. 2 und 3 jeweils auf § 9 AGBG ohne Einschränkung verweist, gilt für Verbraucherverträge auch der Tatbestand von § 9 Abs. 2 AGBG. Dieser ist als Ausfluss von Art. 8 der Richtlinie zu verstehen, zumal § 9 Abs. 2 AGBG nicht nur mit Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie, sondern mit dem Ziel der Richtlinie eines möglichst hohen Verbraucherschutzniveaus im Einklang steht.

⁵⁷⁴ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 7a

⁵⁷⁵ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 78, wobei dies allgemein für § 9 AGBG gilt. Bei Verbraucherverträgen ist zusätzlich § 24 a Nr. 3 AGBG zu beachten.

⁵⁷⁶ Patti, Jahrbuch für italienisches Recht, Bd. 10, S. 77, 82; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-bis c.c., Anm. II, Rn. 3; wohl auch Lener, Il foro italiano 1996, 145, 160

⁵⁷⁷ Alpa, Giustizia civile 1996, 513, 524, spricht von „absorbieren“

⁵⁷⁸ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 3, Rn. 65

⁵⁷⁹ Die Tatbestände in Abs. 1 und 2 schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich bzw. kommen nebeneinander zur Anwendung. Die Rechtsprechung trennt daher oft nicht klar zwischen den beiden Absätzen. Vgl. Locher, S. 145, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 62, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 130

bb) Die Klausellisten

Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. enthält die Liste aller Klauseln, die widerlegbar als missbräuchlich vermutet werden und damit den Tatbestand von Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. erfüllen. Ähnliche Listen enthält das AGBG in §§ 10 und 11. Im Unterschied zur italienischen Regelung sind die in §§ 10 und 11 AGBG aufgeführten Klauseln nicht missbräuchlich, sondern unwirksam. Denn den in der Richtlinie und in Art. 1469-*bis* c.c. enthaltenen Tatbestand der Missbräuchlichkeit, der die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach sich zieht, gibt es in dieser getrennten Form im AGBG nicht, da die Regelungen der §§ 9 ff. AGBG gleich die Rechtsfolge der Unwirksamkeit aussprechen und damit die von der Richtlinie geforderte Missbräuchlichkeit nur implizit enthalten. Aus diesem Grund kann die Liste in Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. mit §§ 10, 11 AGBG verglichen werden.

Die Klauselliste nach Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. enthält eine widerlegbare Vermutung für die Missbräuchlichkeit einer Klausel. Kann diese Vermutung nicht widerlegt werden, so ist diese Klausel missbräuchlich und damit nach Art. 1469-*quinquies* c.c. unwirksam. Eine solche widerlegbare Vermutung enthält weder § 10 AGBG noch § 11 AGBG.

Die in § 11 AGBG aufgeführten Klauseln sind ohne weitere Prüfung stets unwirksam (sog. schwarze Liste). Denn diese Klauseln widersprechen zum einen den wesentlichen Grundgedanken der Privatrechtsordnung, zum anderen höhlen sie die vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil einer Partei aus⁵⁸⁰.

Auch wenn nach § 10 AGBG die Unwirksamkeit erst noch wertend festgestellt werden muss, ist auch hier keine widerlegbare Vermutung gegeben⁵⁸¹. Die in § 10 AGBG enthaltenen Klauseln sind solche, bei denen „die Gefahr eines gestörten Interessenausgleichs besonders nahe liegt und eine Angemessenheitsprüfung geboten ist“⁵⁸². Bei § 10 AGBG muss daher im Wege einer Interessenabwägung geprüft werden, ob auch im Einzelfall eine

⁵⁸⁰ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 11 AGBG, Rn. 1

⁵⁸¹ Locher, S. 125; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 12

⁵⁸² BT-Drucksache 7/3919, S. 24

unangemessene Benachteiligung vorliegt⁵⁸³. Spielraum für diese Wertung eröffnen die in den einzelnen Ziffern in § 10 AGBG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe, die unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände ausgelegt werden⁵⁸⁴.

Die beiden Umsetzungsgesetze sind damit unterschiedliche Wege gegangen. Sofern der Tatbestand einer der in Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. aufgeführten Klauseln erfüllt ist, greift die widerlegbare Vermutung der Missbräuchlichkeit dieser Klausel ein, die durch den Unternehmer widerlegt werden kann, wenn er darlegt und beweist, dass die Klauseln kein unangemessenes Missverhältnis zu Lasten des Verbrauchers darstellen. Für die Klausel im konkreten Einzelfall hängt die Frage Missbräuchlichkeit oder nicht, sowie die entsprechende Rechtsfolge damit vom konkreten Prozessverlauf ab.

Bei den §§ 10 und 11 AGBG wird die Rechtsfolge der Unwirksamkeit bereits vom Gesetz für die dort aufgeführten Klauseln angeordnet⁵⁸⁵. Bei § 11 AGBG steht diese auch unausweichlich fest, während § 10 AGBG eine Wertungsmöglichkeit bezüglich der Erfüllung des Tatbestandes für den konkreten Fall eröffnet. Diese Wertungsmöglichkeit hängt von der Auslegung unbestimmt gefasster Tatbestandsmerkmale im Einzelfall ab, wobei auch der allgemeine Maßstab von Treu und Glauben zu berücksichtigen ist⁵⁸⁶. Eine solche Wertungsmöglichkeit innerhalb des Tatbestandes gibt es in der italienischen Regelung nicht. Diese Klauseln unterliegen nur den allgemeinen Auslegungsregeln. Diese sind aber unabhängig von der Wertungsmöglichkeit sowohl bei § 10 als auch bei § 11 AGBG anzuwenden⁵⁸⁷.

Die nach der italienischen Regelung möglichen Einwendungen des Unternehmers zur Widerlegung einer als missbräuchlich vermuteten Klausel können im Rahmen von §§ 10 und 11 AGBG nicht erhoben werden, da §§ 10, 11 AGBG eine eigenständige Bedeutung haben und keine Prüfung an

⁵⁸³ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 11; Locher, S. 125

⁵⁸⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vor §§ 10, 11 AGBG, Rn. 4

⁵⁸⁵ BT-Drucksache 7/3919, S. 24 („...die Unangemessenheit kraft gesetzgeberischer Wertung generell anzunehmen ist, so dass sich im Einzelfall jede weitere inhaltliche Prüfung erübrigt. ...“)

⁵⁸⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vor §§ 10, 11 AGBG, Rn. 7

⁵⁸⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vor §§ 10, 11 AGBG, Rn. 4

Hand des Maßstabes der Generalklausel im Rahmen der Einwendungen nach sich ziehen. Mit anderen Worten: Während in Italien, da sich Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. auf die Generalklausel bezieht, im Grunde eine Überprüfung im Rahmen der Generalklausel stattfindet, wenn der Vermutungstatbestand erfüllt ist und der Unternehmer diesen zu widerlegen versucht, sind in Deutschland, sofern §§ 10 oder 11 AGBG einschlägig sind, nur diese zu prüfen.

Inhaltlich stimmen die Klauseln der §§ 10 und 11 AGBG nur zum Teil mit denen aus dem Anhang der Richtlinie bzw. in Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. überein. Die in Art. 1469-*bis* Abs. 4 bis 7 c.c. enthaltenen Ausnahmen für Finanzdienstleistungen sowie für Dienstleistungen und Waren mit schwankenden Marktpreisen sind nicht im AGBG enthalten, welches andere Ausnahmen in § 23 AGBG vorsieht. Aufgrund des bloßen Hinweisscharakters des Anhangs der Richtlinie wurde kein Anlass gesehen, die noch nicht in §§ 10, 11 AGBG enthaltenen Klauseln auch umzusetzen. Diese können schließlich im Wege richtlinienkonformer Auslegung über die Generalklausel des § 9 AGBG berücksichtigt werden⁵⁸⁸.

cc) Die Umsetzung von Art. 4 der Richtlinie

Für das Individualverfahren gibt die Richtlinie in Art. 4 Abs. 1 sowie für alle Verfahren in Art. 4 Abs. 2 Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit vor. Beide Umsetzungsgesetze haben diese beiden Vorschriften in gesonderten Bestimmungen umgesetzt, die jedoch im Zusammenhang mit den Regelungen der Klauselkontrolle stehen.

Art. 1469-*ter* Abs. 1 c.c., der individuell-konkrete Bewertungskriterien für die Inhaltskontrolle bestimmt, findet sich ansatzweise in § 24a Nr. 3 AGBG wieder, der lediglich auf die den Vertragsschluss begleitenden Umstände abstellt. Die übrigen aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie in Art. 1469-*ter* Abs. 1 übernommenen Beurteilungskriterien, wie Art der Güter und Dienstleistungen, Gegenstand des Vertrages, andere Klauseln sowie der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses finden sich im deutschen Gesetzestext an

keiner Stelle wieder. Diese Beurteilungskriterien sind jedoch bereits im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG von je her trotz der allgemeineren Bewertung zu berücksichtigen gewesen, so dass eine ausdrückliche Aufzählung in § 24 a Nr. 3 AGBG als nicht erforderlich angesehen wurde⁵⁸⁹.

Auch wenn sich § 24 a Nr. 3 AGBG ausdrücklich nur auf § 9 AGBG bezieht und auch im Rahmen der Inhaltskontrolle von § 9 AGBG diese konkreten Beurteilungskriterien bislang nur herangezogen wurden, müssen diese Grundsätze auch für die Inhaltskontrolle nach § 10 AGBG gelten, bei der ebenfalls eine Bewertung erforderlich ist im Gegensatz zu § 11 AGBG. Denn nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie müssen die Bewertungskriterien für alle Inhaltskontrollen im Rahmen von Individualverfahren gelten⁵⁹⁰. Insofern ist das AGBG (§ 10) richtlinienkonform auszulegen⁵⁹¹. Hingegen ist aufgrund der systematischen Stellung von Art. 1469-ter Abs. 1 c.c. klar, dass dieser sowohl auf die Generalklausel als auch im Rahmen der Vermutungswiderlegung im Individualprozess Anwendung findet.

In Deutschland, anders als in Italien, wo sich das Augenmerk der Kommentatoren auf die Auslegung der Kriterien der Generalklausel in Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. richtet (s. o.) und Art. 1469-ter Abs. 1 c.c. nur am Rande Beachtung findet, stellt sich der deutschen Literatur vielmehr das Problem, welchen Einfluss der individuell-konkrete Bewertungsmaßstab in § 24 a Nr. 3 AGBG auf die Inhaltskontrolle ausübt. Der bisherige allgemein-generelle Maßstab der Inhaltskontrolle könnte durch die Vorgabe der Richtlinie in Art. 4 Abs. 1 in Frage gestellt werden. So vertritt auch eine Ansicht in der Literatur die Auffassung, dass bei Verbraucherverträgen nunmehr der europarechtliche konkret-individuelle Kontrollmaßstab gelte, der von dem abstrakt-generellen des § 9 AGBG abzugrenzen sei⁵⁹².

⁵⁸⁸ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 25; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 172

⁵⁸⁹ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 AGBG, 9. Aufl., Rn. 82, 85, 171; Borges, DZWIR 1997, 402, 406

⁵⁹⁰ Auch wenn hier wie in Art. 1469-ter Abs. 1 c.c. das Verbandsklageverfahren nicht ausdrücklich ausgenommen wurde, gilt auch § 24 a Nr. 3 AGBG nur für das Individualverfahren. Vgl. Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 16

⁵⁹¹ So auch Coester-Waltjen, Jura 1997, 272, 274; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 16

⁵⁹² Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, 562, 568 f.

Diese sehr frühe Ansicht hat in der Literatur jedoch keine Anhänger gefunden. Vielmehr ist die Literatur heute einhellig der Auffassung, dass zusätzlich zu dem bereits bestehenden abstrakt-generellen Maßstab des § 9 AGBG zusätzlich die von der Richtlinie vorgegebenen konkret-individuellen Kriterien im Wege der Auslegung bzw. gemäß § 24 a Nr. 3 AGBG zu berücksichtigen sind. So ist auch vom Gesetzgeber § 24 a Nr. 3 AGBG als Ergänzung konzipiert worden⁵⁹³, was im Wortlaut von § 24 a Nr. 3 AGBG durch das Wort „auch“ zum Ausdruck kommt. Anzumerken ist hier noch, dass dieser Aspekt der Ergänzung eines konkret-individuellen Merkmals nicht völlig neuartig für das AGBG ist, da einige Kriterien bereits berücksichtigt werden und es vor allem bei der Anwendung des Transparenzgebotes auf die Umstände des Vertragsschlusses ankommt⁵⁹⁴.

Diese Zweistufigkeit der Inhaltskontrolle, zunächst anhand des abstrakt-generellen und dann nach dem konkret-individuellem Maßstab, wird auch von der h. M. in der Literatur zu Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie aufgrund des Wortlautes des 16. Erwägungsgrundes („Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung ... muss durch ... die Interessenlage der Parteien ergänzt werden.“) vertreten⁵⁹⁵. Zudem spricht die Systematik der Richtlinie (generelle Kriterien in der Generalklausel des Art. 3 Abs. 1, individuelle Kriterien in Art. 4 Abs. 1) sowie der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 („...unter Berücksichtigung...“) für diese Ansicht.

In der italienischen Literatur ist hierzu kaum etwas zu finden, da, wenn die Frage der Inhaltskontrolle erörtert wird, oft ein Hinweis auf § 9 AGBG folgt. Dann ist jedoch davon auszugehen, dass auch die italienische Literatur dieser zweistufigen Prüfung folgt⁵⁹⁶, zumal nicht nur der Wortlaut von Art. 1469-ter Abs. 1 c.c. aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie, sondern auch die Systematik der zwei getrennten Normen übernommen wurde.

So gut wie gar nicht wird die Frage erörtert, ob die individuellen Kriterien bei der Prüfung einer Klausel nur zugunsten des Verbrauchers i. S. d. Missbräuchlichkeit oder aber auch zugunsten des Unternehmers mit dem

⁵⁹³ BT-Drucksache 13/2713, S. 5

⁵⁹⁴ Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rn. 44

⁵⁹⁵ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 4, Rn. 5; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 4 RiLi, Rn. 3

⁵⁹⁶ So ausdrücklich Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 250, 256

Ergebnis einer „Heilung“ der Klausel berücksichtigt werden dürfen. Nachdem die Richtlinie hierzu keine Vorgaben gibt, also beides möglich ist, ist jedoch im Sinne des angestrebten Verbraucherschutzes davon auszugehen, dass sich zugunsten des Unternehmers konkrete Vertragsumstände nicht auswirken können, da das von der Richtlinie angestrebte Ziel des Interessenausgleichs der Vertragsparteien ggf. durch Handeln des Unternehmers ohne Änderung der missbräuchlichen Klauseln torpediert werden könnte⁵⁹⁷.

Eine Parallelnorm zu Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. ist nicht ausdrücklich im AGBG enthalten. Jedoch ist die europarechtliche Vorlage für die Vorschrift, Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie, nichts weiter als die gesetzliche Niederlegung der von der deutschen Rechtsprechung zu § 8 AGBG geprägten Prinzipien. Aus diesem Grund sah sich der deutsche Gesetzgeber auch nicht zur Umsetzung in eine gesetzliche Bestimmung veranlasst⁵⁹⁸.

Nach der Rechtsprechung des BGH, die allerdings nicht immer so klar wie die Bestimmung in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie ist, sind von der Inhaltskontrolle Bestimmungen ausgenommen, die die vertraglichen Hauptleistungspflichten unmittelbar regeln. Damit fallen nach der Rechtsprechung des BGH preis- und leistungsbeschreibende Klauseln aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle heraus⁵⁹⁹. Entsprechend der Bestimmung der Richtlinie bzw. umgekehrt gilt dies nicht für das Transparenzgebot, welches nach der Rechtsprechung des BGH auch für preis- und leistungsbeschreibende Klauseln gilt⁶⁰⁰.

d) Die Auslegungsregeln

Art. 1469-quater c.c. enthält in seinen beiden Absätzen die Bestimmungen aus Art. 5 Satz 1 und 2 der Richtlinie. Genau wie in der Richtlinie findet sich Art. 1469-quater c.c. zwischen der Regelungen zur Inhaltskontrolle und ihrer Rechtsfolge. Der systematische Aufbau der Norm ist bemerkenswert,

⁵⁹⁷ Im Ergebnis auch Borges, DZWIR 1997, 402, 408

⁵⁹⁸ BT-Drucksache 13/2713, S. 6

⁵⁹⁹ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 8 AGBG, Rn. 2 ff.; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 8 AGBG, Rn. 8, 8a

⁶⁰⁰ Börner, JZ 1997, 595, 598; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 87

zumal er in Abs. 1 das sog. Transparenzgebot enthält, welches in Deutschland im Rahmen der Inhaltskontrolle Beachtung findet, während Abs. 2 eine Auslegungsregel ist, die, möchte man meinen, an diese Stelle eigentlich nicht hingehört. Aufgrund der entsprechenden Vorgabe in Art. 5 der Richtlinie, wo sogar beide Regelungen in einem Absatz zusammengefasst sind, kann man dem italienischen Gesetzgeber jedoch keinen Vorwurf machen, da er sich an die Richtlinie gehalten hat.

Das AGBG, welches wohl zu diesen beiden Regelungen inspiriert hat, folgt insoweit einem anderen Aufbau. Grob gesprochen regeln §§ 1 und 2 AGBG die Einbeziehungsvoraussetzungen, dann kommen die Auslegungsregeln und dann folgen die Bestimmungen zur Inhaltskontrolle. Entsprechend dieses Aufbaus werden auch in einem Prozess, bevor die Inhaltskontrolle durchgeführt wird, zunächst die Einbeziehungsvoraussetzungen geprüft und dann ggf. die Auslegungsregeln⁶⁰¹. Die Auslegungsregel ist damit, anders als das Transparenzgebot, nicht Bestandteil der Inhaltskontrolle, wie es aufgrund der systematischen Stellung in der italienischen Regelung des Anschein hat.

Art. 1469-*quater* Abs. 1 c.c. regelt das im deutschen AGBG nicht ausdrücklich enthaltene Transparenzgebot. Dieses ist aufgrund ständiger Rechtsprechung ein eigener Teilbereich der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG, weshalb man von einer Umsetzung abgesehen hat⁶⁰². Das Transparenzgebot ist jedoch ggf. richtlinienkonform auszulegen, so dass auch die in § 24 a AGBG aufgeführten individuellen Umstände heranzuziehen sind.

Nach der deutschen Rechtsprechung folgt aus einem Verstoß gegen das Transparenzgebot die Unwirksamkeit der Klausel nach § 9 AGBG⁶⁰³. Eine entsprechende Rechtsfolge regelt das italienische Gesetz nicht, zumal in Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 c.c. nur auf die Art. 1469-*bis* und Art. 1469-*ter* verwiesen wird, jedoch nicht auf Art. 1469-*quater* c.c.

⁶⁰¹ Vgl. das Prüfungsschema bei Locher, S. 81 ff.

⁶⁰² Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 174: Der Verweis in § 24 a AGBG auf § 9 AGBG beinhaltet auch den Verweis auf das Transparenzgebot.

⁶⁰³ Eckert, ZIP 1996, 1238, 1241

Schon im Rahmen der Richtlinie ist die Rechtsfolge von Art. 5 Satz 1 streitig, da man das Transparenzgebot einerseits im Rahmen der Missbrauchskontrolle mit der Rechtsfolge der Missbräuchlichkeit der Klausel ansiedelte, andererseits bei fehlender Transparenz die Einbeziehung der Klauseln in den Vertrag scheitern lassen wollte⁶⁰⁴. Der Wortlaut von Art. 5 Satz 3 der Richtlinie, der von einer Auslegungsregel spricht, die systematische Stellung dieser Auslegungsregel, die fehlende Regelung der Einbeziehungskontrolle und schließlich das deutsche Vorbild sprechen eher für eine Prüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel.

Hingegen ist aufgrund der Überschrift der italienischen Regelung (*forma e interpretazione*) anzunehmen, dass der italienische Gesetzgeber aufgrund der Unklarheit der Bestimmung der Richtlinie auch im Falle des Transparenzgebotes von einer Auslegungsregel ausgeht. Sanktion für eine Verletzung des Transparenzgebotes ist dann die Unklarheitenregel mit einer Auslegung zugunsten des Verbrauchers⁶⁰⁵. Dies ist in der Literatur jedoch streitig, da auch vertreten wird, dass das Transparenzgebot in Bezug auf Preis und Hauptleistung Gegenstand der Inhaltskontrolle nach Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. ist, welche die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge haben kann. Neben diesem besonderen, gesetzlich geregelten Fall⁶⁰⁶ leitete eine weitere Ansicht u. a. daraus ab, dass das Transparenzgebot im Rahmen der Missbrauchskontrolle untersucht werden muss⁶⁰⁷.

Auch wenn sich die italienische Literatur uneinig ist, ist jedoch Art. 1469-quater Abs. 1 c.c. richtlinienkonform auszulegen, auch wenn, wie bereits dargelegt, Art. 5 der Richtlinie nicht eindeutig ist. Trotzdem spricht viel dafür, das Transparenzgebot entsprechend dem deutschen Vorbild im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht nur für Preis und Hauptleistung zu berücksichtigen.

⁶⁰⁴ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 5, Rn. 23 ff., mit dem Ergebnis, Einzelheiten dem nationalen Recht zu überlassen.

⁶⁰⁵ Di Marzio, Giustizia civile 1996, 513, 526; Cian, ZEuP 1998, 586, 589, der sich gegen eine Inhaltskontrolle im Fall von Unklarheit und Unverständlichkeit ausspricht.

⁶⁰⁶ Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 4

⁶⁰⁷ Lener, Il foro italiano 1996, 145, 154

Art. 1469-*quater* Abs. 2 c.c. enthält nach allgemeiner Ansicht die bereits in Art. 1370 c.c. enthaltene Auslegungsregel *interpretatio contra stipulatorem*⁶⁰⁸. Diese Regelung ist in § 5 AGBG enthalten, die im Übrigen auch in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten zu finden ist.

In Deutschland hat die Rechtsprechung § 5 AGBG im Individualprozess zunächst im Rahmen der sog. kundenfreundlichen Auslegung interpretiert, während sie im Verbandsklageverfahren von der sog. kundenfeindlichen Auslegung ausging, damit die so verstandene Klausel Gegenstand der Inhaltskontrolle wird. Da im Individualverfahren durch eine kundenfreundliche Auslegung oft ein nachteiligeres Ergebnis für den Kläger erreicht wurde, als bei einer kundenfeindlichen Auslegung, folgt nun auch die deutsche Rechtsprechung einer kundenfeindlichen Auslegung. Nur wenn die Klausel bei dieser Auslegung Bestand hat, soll dann bei Mehrdeutigkeit die kundenfreundlichste Auslegung erfolgen⁶⁰⁹.

In Italien ist das Auslegungsprinzip der *interpretatio contra stipulatorem* die günstigste Auslegung für den Verbraucher, also eine kundenfreundliche Auslegung⁶¹⁰. Auch der Wortlaut der Richtlinie fordert eine Auslegung zugunsten des Verbrauchers, so dass der deutsche Weg der Rechtsprechung insofern nicht mit der Richtlinie übereinstimmt und nur als höheres Verbraucherschutzniveau im Sinne von Art. 8 der Richtlinie verstanden werden kann. Diese Ansicht wird durch die Auslegung von Art. 5 Satz 3 unterstrichen, welche die kundenfreundliche Auslegung für Verbandsklageverfahren nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie ausnimmt, da in diesem Verfahren logischerweise eine solche Auslegung nicht zu dem beabsichtigten Ziel führt⁶¹¹.

Anders als die deutsche Regelung, die bei ihrer kundenfeindlichen Auslegung bleiben wird, ist die italienische Regelung nur im Wege der kundenfreundlichen Auslegung zu verstehen.

⁶⁰⁸ Es ist umstritten, ob Art. 1370 c.c. ein allgemein gültiges Prinzip ist, so dass die Wiederholung in Art. 1469-*quater* Abs. 2 c.c. aufgrund des besonderen Anwendungsbereichs zu rechtfertigen ist. Vgl. Cian, ZEuP 1998, 586, 588; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1370 c.c., Anm. I, Rn. 1 mwN

⁶⁰⁹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 5 AGBG, Rn. 30 ff.

⁶¹⁰ Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 396

⁶¹¹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 5, Rn. 51

e) Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit

Wie bereits ausgeführt, gibt es im AGBG keine eigenständige Regelung für die Rechtsfolge der Unwirksamkeit wie im italienischen Gesetz. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit wird nach §§ 9 bis 11 AGBG als zwingendes Recht von Amts wegen erklärt. Dies bedeutet, dass die unangemessene Klausel von Anfang an nichtig ist⁶¹². Die Wirksamkeit des übrigen Vertrages bzw. der übrigen Klauseln richtet sich hingegen nach § 6 AGBG, der nach § 6 Abs. 1 AGBG die Wirksamkeit des restlichen Vertrages vorschreibt, wenn nicht das Festhalten an ihm unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften an Stelle der unwirksamen Klauseln eine unzumutbare Härte darstellt (§ 6 Abs. 3 AGBG).

Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 1469-*quinquies* c.c. bereitet in Italien einige dogmatische Probleme. Zum einen ist problematisch, dass der verwendete Terminus „*inefficace*“ nicht nur Oberbegriff für die mangelnde Rechtswirkung eines Vertrages ist, sondern im Vertragsrecht eine eigenständige Bedeutung im Sinne einer relativen Unwirksamkeit hat⁶¹³. Zum anderen ordnet Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 c.c. im letzten Halbsatz die Wirksamkeit des übrigen Vertrages an. Diese Rechtsfolge für den Vertrag steht im Widerspruch zu Art. 1419 c.c., der bei Teilnichtigkeit eines Vertrages oder bei Nichtigkeit einer Vertragsklausel bestimmt, dass der restliche Vertrag ebenfalls als nichtig anzusehen ist, wenn die Vertragsparteien den Vertrag nicht ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Aus diesen Gründen wird in Italien diskutiert, ob die durch Art. 1469-*quinquies* Abs. 1 c.c. angeordnete Unwirksamkeit wie im deutschen Recht im Sinne der Nichtigkeit oder einer relativen Unwirksamkeit zu verstehen ist. Für die relative Unwirksamkeit wird angeführt, dass der Gesetzgeber im ersten Entwurf noch Nichtigkeit vorgesehen hatte, dies jedoch im endgültigen Gesetz in Unwirksamkeit abgeändert habe⁶¹⁴. Die Gegenansicht geht jedoch davon aus, dass Unwirksamkeit als Nichtigkeit zu

⁶¹² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 156; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 50

⁶¹³ Galgano, Diritto privato, S. 285 ff.

⁶¹⁴ Santosuosso, Giurisprudenza commerciale 1996, 1003, 1010; Galgano, Diritto privato, S. 306, geht von einer relativen Unwirksamkeit der Klauseln aus, d.h. diese sind nur zwischen den Parteien unwirksam. So auch Lener, Il foro italiano 1996, 145, 157; Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1185; Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 450

verstehen ist und Art. 1469-*quinquies* c.c. eine speziellere Norm gegenüber Art. 1419 c.c. darstellt⁶¹⁵.

Da der Gemeinschaftsgesetzgeber für die Rechtsfolge keine Vorgaben gemacht hat, sondern den jeweiligen nationalen Gesetzgebern die Möglichkeit der Anpassung an die nationalen Bestimmungen eröffnet hat, war es also dem italienischen Gesetzgeber überlassen, die Rechtsfolge zu bestimmen. Nicht nur die Tatsache, dass der italienische Gesetzgeber statt Nichtigkeit im endgültigen Gesetzesentwurf den Terminus Unwirksamkeit verwendet, spricht für eine relative Unwirksamkeit als Rechtsfolge, sondern auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber in Art. 1469-*quinquies* Abs. 3 c.c. ausdrücklich die Möglichkeit der Unwirksamkeitserklärung von Amts wegen anordnet. Diese Anordnung ist, geht man von der Nichtigkeit aus, überflüssig, da das Gericht bei nichtigen Verträgen diese Rechtsfolge sowieso von Amts wegen bestimmen kann. Ferner spricht auch die Tatsache, dass die Klausel nach Art. 1469-*quinquies* Abs. 3 nur zugunsten des Verbrauchers als unwirksam erklärt werden kann, für die relative Unwirksamkeit und nicht für die Nichtigkeit, die ohne Ausnahme gilt.

Für die Nichtigkeit sprechen zwar die allgemeinen Vorschriften (Art. 1418 ff. c.c.), die Klauseln in Verträgen bzw. Verträge als nichtig erklären, wenn das Gesetz dies vorschreibt. Auch nicht wirksam einbezogene AGB (Art. 1341 c.c.) sind nichtig⁶¹⁶. Jedoch nicht nur diese bestehenden Normen, sondern auch das im Verbandsklageverfahren ausgesprochene Verbot der Benutzung der rechtswidrigen Klauseln, sprechen für die Nichtigkeit, da ansonsten in beiden Verfahrensarten unterschiedliche Ergebnisse die Folge sein würden⁶¹⁷. Allerdings verlangt der Wortlaut von Art. 1469-*sexies* c.c. (im Gegensatz zu § 13 ABGB) nicht, dass eine unwirksame Klausel für verboten erklärt wird, sondern nur eine aufgrund der Bestimmungen des Kapitels als missbräuchlich anzusehende Klausel. Dies spricht also gerade nicht gegen die unterschiedlichen Rechtsfolgen, zumal es im Individualprozess um einen bestimmten Einzelfall, in der Verbandsklage um

⁶¹⁵ Alpa/Patti/Bellelli, Art. 1469-*quinquies*, S. 692; Di Marzio, *Giustizia civile* 1996, 513, 532; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quinquies* c.c., Anm. I, Rn. 2; Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 417

⁶¹⁶ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1341 c.c., Anm. VII, Rn. 1, unter Hinweis auf die Rspr., sowie mit weiteren Hinweisen zur h. L., welche statt Nichtigkeit von „*inefficacia*“ ausgeht.

⁶¹⁷ Alpa/Patti/Bellelli, Art. 1469-*quinquies*, S. 691

die grundsätzliche Verwendung der Klauseln geht. Im Übrigen greift die Rechtsfolge der Nichtigkeit nur ein, sofern das Gesetz dies bestimmt. Art. 1469-*quinquies* c.c. könnte man so auslegen, ohne dass hier die guten Sitten, der *ordre public* oder ein sonstiger Nichtigkeitsgrund i. S. v. Art. 1418 c.c. bemüht werden müssten. Da aber die in Art. 1469-*quinquies* c.c. vorgegebene Aufrechterhaltung des übrigen Vertrages Art. 1419 c.c. widerspricht, sprechen doch einige Gründe für die Annahme einer relativen Unwirksamkeit. Der Verbraucher wird durch die Möglichkeit der Erklärung der Unwirksamkeit von Amts wegen auch nicht schlechter gestellt, als bei Nichtigkeit.

Damit besteht in Bezug auf die Rechtsfolge, welche nur zugunsten des Verbrauchers eingreifen kann, ein erheblicher Unterschied zwischen den nationalen Regelungen der beiden Staaten: In Italien sind die Klauseln nur *inter partes* unwirksam, während diese in Deutschland nichtig und damit *erga omnes* unwirksam sind⁶¹⁸.

Zu Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 c.c. wurde bereits vorstehend festgestellt, dass es sich nicht um eine sog. schwarze Liste handeln kann. Zusätzlich umfasst diese Regelung auch individuell ausgehandelte Klauseln. In Deutschland werden individuell ausgehandelte Klauseln nicht vom AGBG erfasst, sondern nach §§ 242, 138 BGB beurteilt, da sie entsprechend der Richtlinie generell aus dem Anwendungsbereich des AGBG herausfallen.

f) Verbandsklage

Auf Art. 1469-*sexies* c.c., der im Anschluss an Art. 7 der Richtlinie verfahrensrechtliche Vorschriften zum Verbandsklageverfahren sowie die materiellen Voraussetzungen für den Unterlassungsanspruch beinhaltet, wird am Ende in einem eigenen Kapitel ausführlich eingegangen.

⁶¹⁸ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., Vorbem v § 8 AGBG, Rn. 7

g) Sonstige Regelungen

aa) Der Schadensersatzanspruch nach Art. 1469-*quinquies* c.c.

Einen Schadensersatzanspruch für den Unternehmer, wie ihn Art. 1469-*quinquies* Abs. 4 vorsieht, existiert im AGBG nicht. Ein solcher könnte sich nach deutschem Recht allenfalls nach den Grundsätzen der pVV im Einzelfall ergeben.

bb) Regelung des anwendbaren Rechts

Aspekte des internationalen Rechts regelt nun § 29 a EGBGB⁶¹⁹, nachdem § 12 AGBG als nicht richtlinienkonform kritisiert worden war⁶²⁰. Art. 29 a Abs. 1 EGBGB regelt wie Art. 1469-*quinquies* Abs. 5 c.c. nur die Frage des anwendbaren Rechts für den Fall der vertraglichen Wahl des Rechts eines Drittlandes mit dem Ziel die Vorschriften der Mitgliedstaaten zu umgehen. Die Wahl des Rechts eines Mitgliedstaates wird von dieser Regelung nicht betroffen, da in diesem Fall davon auszugehen ist, dass dem Verbraucher der durch die Richtlinie vorgegebene Schutz zu Teil wird.

§ 29 a Abs. 1 EGBGB bestimmt bei Wahl des Rechts eines Drittstaates die Anwendbarkeit des Rechts des Mitgliedstaates der EU oder des Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraums, zu dem der Vertrag einen engen Bezug aufweist. Die italienische Regelung sieht hingegen die Unwirksamkeit einer solchen Klausel vor, wenn der Vertrag einen engeren Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist. Im Ergebnis wird damit in beiden Staaten versucht, die Rechtswahlklausel ganz oder teilweise auszuhebeln. In Deutschland insofern nur teilweise, da das Recht des Mitglied- oder Vertragsstaates, zu dem ein enger Zusammenhang besteht, nur in Bezug auf die geltenden Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien anzuwenden ist. Im Übrigen behält die

⁶¹⁹ Geändert durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie durch das Gesetz zur Umstellung auf den Euro vom 27.06.2000 (BGBl. 2000, Teil I, 897 ff.)

⁶²⁰ Deutschland hatte sich bereits gegenüber der Kommission zu einer Änderung von § 12 AGBG verpflichtet und ist dieser Verpflichtung nun nachgekommen. Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kom (2000) 248 endg., S. 8

§ 12 Abs. 1 AGBG regelte die Anwendbarkeit des AGBG für den Fall, dass der Vertrag einen engen Bezug zum Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweist. Diese gesetzliche Gestaltung blieb hinter Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie zurück, da diese den engen Bezug zu einem Mitgliedstaat der EU forderte, so einen räumlich

Rechtswahlklausel ihre Gültigkeit und das Recht des Drittstaates ist auf die übrigen Bestimmungen des Vertrages anwendbar bzw., wenn keine Umsetzung erfolgt ist, auf den ganzen Vertrag.

Hingegen ist in Italien diese Rechtswahlklausel insgesamt unwirksam. Welches Recht nun anzuwenden ist, bestimmt Art. 1469-*quinquies* Abs. 5 c.c. allerdings nicht. Nachdem die Richtlinie nur die Erhaltung des gewährten Schutzes verlangt, kann nach ihrem Sinn und Zweck dies nur das Recht eines der Mitgliedstaaten sein: Entweder das Recht des Mitgliedstaates, zu dem der engere Zusammenhang (*collegamento più stretto*)⁶²¹ besteht oder das italienische Recht. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Regeln des IPR ist deshalb nicht unproblematisch, da dann auch das Recht eines Drittstaates zur Anwendung kommen könnte⁶²². Trotz dieser Probleme müsste eigentlich systematisch korrekt das anwendbare Recht nach den allgemeinen Regeln bestimmt werden, da eine Rechtswahlklausel nicht mehr besteht. Nach Art. 5 Abs. 3 EVÜ ist bei fehlender Rechtswahl das Recht am Wohnsitz des Verbrauchers maßgeblich. Sofern der Verbraucher seinen Wohnsitz innerhalb der EU hat, gilt nach Art. 5 Abs. 3 EVÜ dieses Recht. Müsste aber nach Art. 1469-

größeres Bezugsobjekt vorsah als § 12 AGBG, um die Anwendung der Schutzvorschriften der Richtlinie zu gewährleisten.

⁶²¹ Im Gegensatz zum Wortlaut der Richtlinie (in deutscher, englischer, französischer und auch italienischer Sprache) spricht Art. 1469-*quinquies* Abs. 5 c.c. von einem so wörtlich „engsten“ Zusammenhang statt engen Zusammenhang. Damit übernimmt Art. 1469-*quinquies* Abs. 5 c.c. den Wortlaut von Art. 4 EÜV.

Die Wortwahl „*collegamento più stretto*“ ist jedoch im Zusammenhang mit der von der Richtlinie abweichenden Wortwahl Gebiet der Mitgliedstaaten statt zum Gebiet eines der Mitgliedstaaten zu sehen, die auf der italienischen Übersetzung der Richtlinie beruht. Damit regelt das italienische Recht indirekt gleich den Fall mit, in denen zu mehreren Mitgliedstaaten ein enger Zusammenhang besteht, und nun das Recht des Mitgliedstaates Anwendung finden soll, zu dem der engste Bezug besteht. In Deutschland, wo dieser Fall durch Art. 29 a EGBGB nicht geregelt ist, ist im Wege der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift das Recht des Mitgliedstaates anzuwenden, zu dem der engste Zusammenhang besteht. Insofern sind beide Abweichungen von der Richtlinie nicht zu kritisieren.

Einzeln betrachtet, ist jeweils folgendes zu den Abweichungen anzumerken: die m. E. zu Unrecht kritisierte Wortwahl (vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 6 RL, Rn. 63) „Gebiet eines der Mitgliedstaaten“ deckt sich mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie, da normalerweise keine Beziehung zum (ganzen) Gebiet der Mitgliedstaaten besteht, sondern stets zu einem ihrer Mitglieder. Dies ergibt sich mangels europarechtlichem Einheitsrecht schon aus der begrenzten Territorialität des anzuwendenden Rechts.

Anders hingegen die Wortwahl „engster Zusammenhang“. Diese bleibt sie durch ihren Bezug zu Art. 4 EVÜ hinter der Richtlinie zurück, die gerade einen vom EVÜ abweichenden Wortlaut gewählt hat. Insofern ist der Begriff „*collegamento più stretto*“ richtlinienkonform auszulegen.

⁶²² Nach Art. 57 des italienischen IPR-Gesetzes (Gesetz Nr. 218 vom 31.05.1995) bestimmt sich das auf Verträge anzuwendende Recht nach den Regeln des Römischen Schuldvertragsübereinkommens vom 19.06.1980 (EVÜ). Dies ist insofern problematisch, da Art. 5 EVÜ über Verbraucherverträge nur einen sachlich begrenzten Anwendungsbereich hat, während die Richtlinie 93/13/EWG, wie ausführlich dargelegt wurde, für alle Verträge gelten soll. Sofern Art. 5 EVÜ also nicht anwendbar ist, greift Art. 4 EVÜ ein.

Folge ist, dass bei Anwendung von Art. 5 EVÜ das Recht des Staates gilt, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, während nach Art. 4 EVÜ, für den Verbraucher nachteilig, in der Regel das Recht des Staates gilt, in dem der Unternehmer seinen Sitz hat, da er es normalerweise ist, der die Leistung erbringt. Eine solche Ungleichbehandlung bei Verbraucherverträgen kann wohl kaum beabsichtigt sein. Außerdem kann die Anwendung des EVÜ dazu führen, dass auch das Recht von Drittstaaten, die dieses Übereinkommen

quinquies Abs. 5 c.c. nicht das Recht des Staates, zu dem der engste Bezug besteht, angewandt werden? Und welches Recht findet Anwendung, wenn der Verbraucher seinen Wohnsitz außerhalb der EU hat? Greift dann Art. 7 EVÜ ein? Und schließlich, warum hat der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht auf das EVÜ verwiesen, sondern eine eigene Regelung in die Richtlinie eingefügt?

Verbraucherfreundlicher als die Anwendung des Rechts des engsten Zusammenhangs ist die Anwendung des Rechts des Wohnortes des Verbrauchers nach Art. 5 Abs. 3 EVÜ, da davon ausgegangen werden kann, dass dem Verbraucher (zumindest ansatzweise) dieses Recht bekannt ist bzw. er mit dieser Rechtsordnung eher vertraut ist als mit einer fremden. Nur wenn der Verbraucher außerhalb der EU wohnt, würde die Anwendung dieses Rechts die Vorgabe der Richtlinie unterlaufen, wenn der Schutz des Verbrauchers nicht gewährleistet ist. Über Art. 7 Abs. 1 EVÜ kommt dann jedoch das zwingende Recht des Staates zur Anwendung, mit dem eine enge Verbindung besteht, anstelle des Rechts des Wohnortes des Verbrauchers, sofern diese beiden voneinander abweichen. Die Regelungen über missbräuchliche Klauseln sind zwingendes Recht in allen Mitgliedstaaten, so dass das Recht des Staates mit einer engen Verbindung zur Anwendung kommt⁶²³. Es ist also nicht in jedem Fall italienisches Recht anzuwenden, da dann ein Verstoß gegen die Richtlinie vorliegen würde⁶²⁴.

Dadurch, dass § 29 a EGBGB als Bezugsgebiet nicht nur das Gebiet der Mitgliedstaaten bezeichnet, sondern auch das der Vertragsstaaten über den Europäischen Wirtschaftsraum, weicht das deutsche Recht im Gegensatz zur italienischen Regelung von der Richtlinie ab. Wenn ein enger Bezug zu einem Mitgliedstaat vorliegt, kommen sowohl die italienische als auch die deutsche Regelung zur Anwendung des Rechts dieses Mitgliedstaates. Ist jedoch ein enger Bezug zu einem Recht eines EWR-Staates gegeben, so ist nach § 29 a EGBGB dessen Recht anzuwenden, hingegen nach dem

unterzeichnet haben, zur Anwendung gelangt (z.B. Malta). Auch dies war nicht Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers.

⁶²³ Zur Abweichung des italienischen Textes: Zum einen ist dieser richtlinienkonform auszulegen, zum anderen kann das Merkmal auch als reine Voraussetzung für die Unwirksamkeit der Klausel und nicht zur Bestimmung des anwendbaren Rechts angesehen werden.

⁶²⁴ So jedoch Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 420. Zum Verstoß gegen die Richtlinie in diesem Fall vgl. hierzu das gleiche Problem bei § 12 AGBG.

italienischen Recht das am Wohnort des Verbrauchers geltende Recht. Die deutsche Regelung hat die Staaten des EWR deshalb in § 29 a EGBGB ausdrücklich mit einbezogen, da nach Art. 7, 72 i. V. m. Anhang XIX des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum⁶²⁵ die Richtlinie zum Verbraucherschutz auch von diesen Ländern in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Die Erweiterung des räumlichen Bereichs entspricht damit dem Schutzgedanken der Richtlinie.

Problematisch in diesem Zusammenhang ist in beiden Ländern jedoch der unbestimmte Rechtsbegriff des „engen Zusammenhangs“ bzw. „*collegamento più stretto*“. Regelbeispiele eines engen Zusammenhangs wie in § 29 a Abs. 2 EGBGB gibt es im italienischen Recht nicht. Auch die Regelung des § 29 a Abs. 2 EGBGB ist nicht abschließend, so dass der Begriff des engen Zusammenhangs europarechtlich auszulegen ist. Hierzu kann das Römische Schuldvertragsabkommen herangezogen werden, welches zum einen eine Bestimmung für Verbraucherverträge (Art. 5) vorsieht, die neben den beiden besonderen Regelungen Anwendung findet⁶²⁶. Im Übrigen kann man die Grundsätze aus Art. 4 desselben Übereinkommens zum Begriff der engsten Verbindung entsprechend heranziehen, denn wenn nach Art. 4 EÜV das Recht eines Mitgliedstaates Anwendung findet, kann nur ein enger Zusammenhang gegeben sein. Jedoch sind auch dies nur Anhaltspunkte für eine Auslegung dieses Begriffs, der auch bei weniger eindeutigen Fällen eingreift, da Art. 4 und 5 des Römischen Schuldrechtübereinkommens schon begrifflich enger gestaltet sind als der „enge Zusammenhang“.

Diese Regelungen können in beiden Ländern verständlicherweise jedoch nur für solche Klauseln gelten, die kein für den Verbraucher günstigeres Recht eines Drittstaates vorsehen, da ansonsten das Ziel des

⁶²⁵ Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 02.05.1992 ist am 01.01.1994 zwischen den Mitgliedstaaten der EU sowie Island, Norwegen und Liechtenstein in Kraft getreten. Nach Art. 238 EGV a. F. haben die Mitgliedstaaten und die drei EFTA-Staaten ein Assoziationsverhältnis begründet, mit dem eine verbesserte Freihandelszone geschaffen werden sollte. Ferner gelten im Rahmen des EWR die Grundfreiheiten (Warenverkehr jedoch in beschränkter Weise) des EGV, das Wettbewerbsrecht und die flankierenden Politiken. Das Abkommen sieht ferner die Institutionalisierung von 13 eigenständigen Organen vor. Zum EWR-Abkommen allgemein s. Streit, Das Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum, NJW 1994, 555 ff.; Schweitzer/Hummer, Rn. 713 ff.

⁶²⁶ Allerdings ist Art. 5 EÜV (Art. 29 EGBGB) enger als Art. 29 a EGBGB, da erster den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich begrenzt. Vor allem fordert Art. 29 Nr. 1 EGBGB, dass Angebot und Annahme in einem Mitgliedstaat stattfinden, was bei einem engen Bezug nicht unbedingt der Fall sein muss.

Verbraucherschutzes auf einem möglichst hohen Schutzniveau unterlaufen würde, auch wenn die Richtlinie dies nicht ausdrücklich bestimmt. Die vertragliche Vereinbarung der Parteien kann nach dem Sinn und Zweck des Verbraucherschutzes der Regelung also nur dann eingreifen, wenn durch die Wahl des Rechts eines Drittstaates das in den Europäischen Gemeinschaften bestehende Verbraucherschutzniveau unterlaufen werden soll. Insofern sind beide nationalen Regelungen in diesem Sinne auszulegen.

4. Zusammenfassung

Deutschland und Italien haben die Richtlinie in unterschiedlicher Weise umgesetzt, wie vor allem die Ausführungen zum sachlichen Anwendungsbereich und zur Konzeption gezeigt haben. Während in Deutschland individuell ausgehandelte Klauseln vom Anwendungsbereich nicht erfasst sind, sind diese zunächst Gegenstand der italienischen Regelung. Dies gilt auch für deklaratorische Klauseln, die allerdings durch § 8 AGBG nur vom Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ausgenommen wurden.

Ein den §§ 1, 24 a AGBG entsprechendes Tatbestandsmerkmal des Stellens durch den Unternehmer gibt es in der italienischen Regelung nicht. Damit werden die sog. Drittklauseln von beiden Umsetzungsgesetzen erfasst.

Der persönlichen Anwendungsbereiche beider Gesetze weichen nicht wesentlich von einander ab.

Auch die Inhaltskontrolle, zum einen mit den Klausellisten, zum anderen mit der Generalklausel, ist ähnlich aufgebaut. Die deutsche Regelung der Inhaltskontrolle enthält jedoch mehr Abstufungen bzgl. der Bewertung der Klauseln. Neben den Klausellisten in §§ 10 und 11 AGBG enthält § 9 Abs. 2 AGBG noch zwei Vermutungstatbestände, die die Generalklausel ergänzen. Die Generalklauseln beider Regelungen entsprechen sich. Die von der Richtlinie geforderten individuell-konkreten Kriterien werden bei der Inhaltskontrolle nach beiden Gesetzen neben allgemeinen Abwägungskriterien berücksichtigt.

Abweichungen gibt es hingegen in Bezug auf die Auslegungsregeln, das anwendbare Recht und die Rechtsfolge der Unwirksamkeit. Bezüglich

letzterer wird der Unterschied in der Praxis wenig relevant sein, da auch nach der italienischen Regelung Klauseln von Amts wegen für unwirksam erklärt werden können.

Unabhängig von Abweichungen und Übereinstimmungen erfüllen beide Umsetzungsgesetze den Zweck der Richtlinie, den Verbraucher vor missbräuchlichen Klauseln in Verträgen mit Unternehmern zu schützen.

TEIL 4 - BEWEISRECHTLICHE BETRACHTUNG

Wie bereits aus den Ausführungen zur Richtlinie deutlich wurde, bestehen in Bezug auf Fragen der Beweislast zwischen dem Individualverfahren und der Verbandsklage aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen Abweichungen (Gegenstand des Individualverfahrens ist ein Anspruch aus dem Vertragsverhältnis der Parteien, über dessen Erfolg oder Misserfolg die Frage der Verwendung von missbräuchlichen Klauseln (mit-)entscheidend ist; anders im Verbandsklageverfahren, welches die Unterlassung jeglicher Verwendung missbräuchlicher AGB in Vertragsverhältnissen zum Gegenstand hat). Fragen des Beweisrechts sind im Individualverfahren von viel größerer Bedeutung als im Verbandsklageverfahren aufgrund der dort vorgenommenen generell-abstrakten Prüfung. Daher soll hier zunächst nur das Individualverfahren untersucht werden. Beweisrechtliche Fragen des Verbandsklageverfahrens werden in dem Kapitel zur Darstellung dieses Verfahrens erörtert.

I. Prozesssituationen

1. Klagearten

Im Individualverfahren sind in der Praxis hauptsächlich zwei Prozesssituationen in der Praxis relevant: entweder der Verbraucher klagt auf eine Leistung oder der Unternehmer klagt auf eine Leistung.

Feststellungsklagen kommen zwar auch in Betracht, sind in der Praxis aber seltener. Über Feststellungsklagen in Deutschland hängt oft das drohende Verdikt der Unzulässigkeit mangels Feststellungsinteresses (§ 256 ZPO). Positiven Feststellungsklagen fehlt das Feststellungsinteresse, wenn der Kläger auf Leistung klagen kann. Negative Feststellungsklagen ereilt grundsätzlich das gleiche Schicksal des fehlenden Feststellungsinteresses, wenn, sofern sie nicht entscheidungsreif sind, Leistungsklage von der Gegenseite erhoben wird⁶²⁷.

⁶²⁷ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 256, Rn. 19; Zöller/Greger, ZPO, § 256, Rn. 7a

In Italien wird die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht so rigide wie in Deutschland gehandhabt. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ist ebenfalls das Interesse, durch Feststellung Zweifel an einem objektiven und gegenwärtigen Rechtsverhältnis zu beseitigen⁶²⁸. Das in Art. 100 c.p.c. allgemein geregelte Rechtsschutzinteresse (*interesse ad agire*), welches mangels gesetzlicher Regelung der Feststellungsklage auch auf diese Anwendung findet, wird jedoch nur verneint, wenn anstelle der Klage das Ergebnis mit anderen Mitteln erreicht werden kann, oder das Urteil in der Sache selbst für den Kläger nutzlos ist, weil er es gar nicht benötigt⁶²⁹. Das Interesse entfällt jedoch nicht, wie in Deutschland, wenn die Möglichkeit einer alternativen Klage besteht⁶³⁰. Die Feststellungsklage ist auch dann zulässig, solange akute Zweifel über das Rechtsverhältnis bestehen. Durch dieses sehr weite Verständnis des Rechtsschutzinteresses bei Feststellungsklagen ist in Italien diese Klageform in der Praxis häufiger anzutreffen als in Deutschland⁶³¹. Auch wenn es derzeit noch in Italien aus kostenrechtlicher Sicht für den Verbraucher eventuell weniger risikoreich ist⁶³², „präventive“ Feststellungsklagen zu erheben, wird, vielleicht auch aus Scheu, frühzeitig einen Anwalt zu konsultieren, in der Praxis oft die Leistungsklage (Zahlungsklage) der Gegenseite abgewartet.

⁶²⁸ Carpi/Taruffo, Art. 100 c.p.c., Anm. IV, Rn. 2

⁶²⁹ Luiso, Vol. I, S. 205 ff.

⁶³⁰ Urteil der Corte di Cassazione in Giustizia civile 1993, 778

⁶³¹ Anzumerken ist jedoch, dass die negative Feststellungsklage in Italien ein gern genutztes Mittel ist, um einen Prozess bei einem bestimmten Gericht anhängig zu machen (wenn möglich für den Kläger von Vorteil), um so eine Leistungsklage der Gegenseite aufgrund Rechtshängigkeit auszuschließen. Die Gegenseite hat dann nur noch die Möglichkeit im Rahmen der Widerklage, die anders als in Deutschland nur mit der Klageerwidderung innerhalb bestimmter Frist erhoben werden kann, ihre Leistung zu begehren. Dieses prozesstaktische Vorgehen ist in Deutschland nicht möglich, weil zum einen das von Amts wegen zu prüfende Feststellungsinteresse enger ausgelegt wird, zum anderen die Rechtsprechung durch die negative Feststellungsklage keine Rechtshängigkeitssperre begründet sieht, so dass die Leistungsklage wegen ihres weitergehenden Rechtsschutzziels ganz normal erhoben werden kann (Vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 256, Rn. 16).

⁶³² Derzeit gibt es in Italien noch keine im Voraus zu entrichtenden Gerichtskosten wie in Deutschland. Ein entsprechender Gesetzentwurf besteht allerdings und soll nun wahrscheinlich am 01.01.2001 in Kraft treten. Auch wenn nach Art. 91 c.p.c., wie in Deutschland, die unterlegene Partei die Gerichtskosten der obsiegenden Partei zu tragen hat, kommt es in der Praxis häufiger vor, dass das Gericht von Art. 92 c.p.c. Gebrauch macht und eine Erstattung ganz oder teilweise nicht gewährt. Welche Auswirkungen das neue Gesetz auf die Praxis haben wird, bleibt abzuwarten. Für den Verbraucher kann der Vorschuss von Gerichtskosten zu einer erheblichen finanziellen Belastung werden. Denn in Italien gibt es keine Rechtsschutzversicherung wie in Deutschland, die die Verfahrenskosten übernimmt. Auch die Regelungen zur Prozesskostenhilfe (*patrocinio gratuito*, Art. 90 c.p.c. i. V. m. Gesetz Nr. 217 vom 30.07.1990 und Ministerialdekret Nr. 327 vom 03.11.1990) gewähren keine so umfassende Unterstützung wie in Deutschland. Nach Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes 217/90 wird Prozesskostenhilfe in Zivilsachen nur für Schadensersatzklagen und Klagen auf Herausgabe aus unerlaubten Handlungen gewährt. Zudem darf nach Art. 3 dieses Gesetzes das Einkommen seit 1995 nicht mehr als 10.890.000 Lire betragen haben. Damit scheitert eine Gewährung von Prozesskostenhilfe für Verbraucherschutzklagen, sofern nicht ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung in Betracht kommt, in der Regel jedoch bereits an den üblicherweise höheren Einkommensverhältnissen.

2. Beispiele

Da nach dem in den Erwägungsgründen der Richtlinie vorgegebenen Leitbild als auch in den überwiegenden Fällen in der Praxis das Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer derart ausgestaltet ist, dass der Unternehmer für den Verbraucher eine Leistung gegen Zahlung durch den Verbraucher erbringt⁶³³, könnte man hier als Beispiel an eine Zahlungsklage des Unternehmers gegen den Verbraucher denken, bei dem die Vertragsbedingungen des Unternehmers Vertragsbestandteil wurden. Die Vertragsbedingungen sind dabei z.B. in der Form abgefasst, dass sie nach dem äußeren Anschein einseitig vorformuliert wurden. Auf das Problem, dass es sich ggf. um einmalig vorformulierte Klauseln handelt, oder einzelne Klauseln im Einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt wurden, wird bei den nachfolgenden Ausführungen ebenfalls eingegangen. Als Ausgangspunkt für die Betrachtung soll der in der Praxis übliche und auch von der Richtlinie sowie den Umsetzungsgesetzen ins Auge gefasste Fall dienen, bei dem der Unternehmer AGB zum Vertragsbestandteil macht.

Der Verbraucher könnte sich gegen die Klage verteidigen, indem er seinerseits einwenden könnte, dass a) die gemäß abgeschlossenem Kaufvertrag gelieferte Sache mangelhaft sei, ihn deshalb körperlich verletzt habe und er daher Schadensersatz verlange, wobei die Vertragsbedingungen des Unternehmers einen Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für den Fall des Todes oder der Körperverletzung vorsehen; b) der Unternehmer einen von den Vereinbarungen des Kaufvertrages abweichenden Vertragsgegenstand geliefert hat, den der Verbraucher als nicht vertragsgemäß zurückweisen will, wobei die Vertragsklauseln des Unternehmers einen sog. Änderungsvorbehalt beinhalten. Im dritten Fall, c), soll abweichend von a) und b) eine andere Fallgestaltung zugrunde gelegt werden. Im Rahmen eines Maklervertrages kam der beabsichtigte

⁶³³ Siehe hierzu auch die Ausführungen von Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 413, der auf die Einseitigkeit der Erwägungsgründe hinweist und zu Recht auf Fälle verweist, in denen der Verbraucher eine Leistung an den Unternehmer gegen Geld erbringt. Er bringt hierfür das Beispiel des Verkaufs des Gebrauchtwagens an einen Händler.
Nach dem Wortlaut der italienischen als auch der deutschen Regelung werden auch solche weniger häufig vorkommenden Fällen erfasst. Zudem hat sich gezeigt, dass gerade diese Erwägungsgründe für die

Vertragsschluss ohne Mitwirkung des Maklers zustande, wobei die Vertragsbedingungen eine erfolgsunabhängige Provision vorsehen⁶³⁴. Umgekehrt könnten die hier dargestellten Einwendungen des Verbrauchers auch Grundlage für eine Leistungsklage oder ggf. negative Feststellungsklage (vor allem in Italien) gegen den Unternehmer sein.

3. Auswirkungen auf die Beweislast

Für die Beweislast in Bezug auf die hier interessierende Frage der Vertragsklauseln hat die Parteistellung im deutschen Prozess, egal ob im Rahmen einer Leistungs- oder negativen Feststellungsklage, keinen Einfluss⁶³⁵. Auch bei der negativen Feststellungsklage muss der Anspruchsteller nach der Grundregel der Beweislast die Rechtsbegründenden Tatsachen beweisen, unabhängig davon, ob er Kläger oder in diesem Fall Beklagter ist. Der Kläger einer negativen Feststellungsklage muss lediglich beweisen, dass der Beklagte einen bestimmten Anspruch aufgrund bestimmter Tatsachen gegen ihn geltend macht⁶³⁶.

In Italien hingegen wird dieser in der deutschen Literatur und Rechtsprechung unumstrittene Grundsatz nicht vertreten. Vielmehr wird die Regelung über die Verteilung der Beweislast (Art. 2796 c.c.) nicht wie in Deutschland nur mit dem materiell-rechtlichen Anspruch verknüpft, sondern auch mit der prozessualen Stellung der Parteien. Dies mag auch mit dem Wortlaut von Art. 2697 c.c. zusammenhängen, der auf die Situation der Leistungs- und Feststellungsklage zugeschnitten ist, jedoch nicht die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage berücksichtigt. Aus dem Wortlaut von Art. 2697 Abs. 1 c.c. wird die in der älteren Literatur und Rechtsprechung verbreitete Ansicht abgeleitet, dass der Kläger die volle Beweislast für alle Tatsachen des von ihm geltend gemachten Anspruchs

Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs nicht maßgebend sind, sondern somit allenfalls beispielhaft verstanden werden können (s. o.).

⁶³⁴ In Italien gilt für den Provisionsanspruch des Maklers Art. 1755 c.c., wonach der Makler nur im Erfolgsfall seine Provision erhält. Art. 1755 c.c. ist grundsätzlich nicht disponibel. Die Rechtsprechung hat jedoch Vereinbarungen als wirksam u. a. in dem Fall angesehen, in dem der Vertrag ohne Beitrag des Maklers zustande kam. Eine solche Vertragsvereinbarung sei Ausdruck der Privatautonomie, Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1755 c.c., Anm. I; Urteil des Kassationshofes vom 10.08.1993, Nr. 8587

⁶³⁵ BGH, NJW 1993, 1716 f. mwN; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Vorbem § 284, Rn. 23

⁶³⁶ BGH, NJW 1993, 1716, 1717

trägt⁶³⁷, d.h. bei der negativen Feststellungsklage für rechtshindernde, rechtsändernde und rechtsvernichtende, aber auch für das Nichtvorhandensein der rechtsbegründenden Tatsachen⁶³⁸.

Eine andere Ansicht hingegen verteilt die Beweislast in entsprechender Anwendung des Art. 2697 c.c., wonach der Kläger die rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtsändernden und der Beklagte die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat⁶³⁹. Diese Auslegung widerspricht auch nicht dem Wortlaut von Art. 2796 c.c., der den Beweis rechtsbegründender Tatsachen nicht zwingend auf den Kläger fixiert bzw. umgekehrt, da er jeweils abstrakt nur von „demjenigen, welcher...“ (*Chi*) spricht.

Wie die Beweislast bei negativen Feststellungsklagen zu verteilen ist, ist im Ergebnis nicht eindeutig zu beantworten, zumal auch die Rechtsprechung keine eindeutige Linie vertritt. Klarer sind nur die gesetzlich geregelten Fälle wie das Beispiel des Art. 949 Abs. 1 c.c. (*azione negatoria*) zeigt. Hier wird dem Kläger nicht die Beweislast für alles auferlegt, sondern nur der Beweis seines Eigentums sowie der Behauptungen Dritter in Bezug auf sein

⁶³⁷ Micheli, S. 459

⁶³⁸ Micheli, S. 459 f. in Ablehnung der deutschen Verfahrensweise. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, verbindet Micheli in seiner Kritik die zu trennenden Punkte des Feststellungsinteresses und der Beweislastverteilung. Das Feststellungsinteresse entscheidet über die Zulässigkeit der Klage. Richtig ist, dass der Kläger dieses nach den Grundsätzen der Beweislast darzulegen und ggf. nachzuweisen hat. Relevant wird die Frage der Beweislastverteilung jedoch, wenn diese Hürde genommen wurde, in der Begründetheit, wenn das Gericht über den materiellen Anspruch zu entscheiden hat. Die Vermengung dieser beiden Punkte, welche Micheli ein zusätzliches Argument für die Beweislast des Klägers liefert, könnte mit der Befürchtung der italienischen Literatur zusammenhängen, eine Klagemöglichkeit zu eröffnen, die darauf ausgerichtet ist, den Beklagten zu einem Handeln (und zur Beweisführung) zu verleiten, welches dem Kläger zugute kommt. Eine solche Klage wird wegen Verstoß gegen die Rechtsverteidigung (Art. 24 der italienischen Verfassung) als verfassungswidrig abgelehnt (vgl. auch Patti, S. 57 f.). Wohl um die negative Feststellungsklage nicht in diese Nähe zu rücken, und auch um den Beklagten nicht vor das Problem der überraschenden Beweisführung zu stellen, auf die er nicht vorbereitet ist, wird eine Verteilung der Beweislast in der Form abgelehnt, wonach der Beklagte die Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen hat (Vgl. auch Verde, *Prova, Teoria generale e diritto processuale*, Enc. dir. XXXVII, S. 647, der grundsätzlich auch dem Kläger die volle Beweislast aufbürdet). Diese Argumente erscheinen nicht überzeugend, da zum einen, sofern ein berechtigtes Interesse besteht, in einem Rechtsstaat auch präventiver Rechtsschutz gewährt werden muss, zum anderen bei einem berechtigten und bestehendem Anspruch der Beklagte nicht durch die Beweisführung in einer negativen Feststellungsklage plötzlich vor einem Problem steht. Seinen Anspruch wird er in der Regel ohne weiteres beweisen können.

Sowohl Literatur als auch Rechtsprechung haben die Probleme erkannt, die insbesondere aus dem Beweis negativer Tatsachen resultieren. Es werden daher für bestimmte Fälle abweichende Ansichten von derjenigen vertreten, die dem Kläger die volle Beweislast aufbürdet. So z.B. Verde, a.a.O., der für den Fall, dass durch das Verhalten Dritter eine rechtlich nachteilige Situation für den Kläger entstanden ist, vertritt, dass der Kläger die rechtsbegründenden Tatsachen, das Verhalten der anderen und den für ihn entstandenen Nachteil zu beweisen hat, wobei er jedoch dann davon ausgeht, dass Gegenstand der Klage keine negative Feststellung, sondern der durch das Verhalten entstandene Schaden ist. Für die negative Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache geht auch Verde, a.a.O., von der vollen Beweislast des Klägers aus.

In der Rechtsprechung sind bereits Urteile zu finden, die von der generellen Linie abweichen, so das Urteil des Kassationshofes, 2. Zivilsenat, vom 18.02.1985, Nr. 1391, wonach dem Gläubiger der Beweis der rechtsbegründenden Tatsachen und dem Schuldner der rechtsvernichtenden Tatsachen obliegt (*Giustizia civile*, Massime, 1985, Heft 2).

⁶³⁹ Galgano, *Diritto privato*, S. 895 f.

Eigentum. Die von einem Dritten geltend gemachten Rechte an dem Eigentum hat auch dieser in seiner Position als Beklagter zu beweisen.

Aufgrund dieser Unterschiede soll nicht nur die Leistungsklage, sondern auch die negative Feststellungsklage untersucht werden.

II. Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel

Nach der beweisrechtlichen Grundregel, die in beiden Ländern gleichermaßen gilt, hat der Anspruchsinhaber, also bei einer Leistungsklage jeweils der Kläger, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während der Beklagte die rechtshindernden, rechtsändernden und/oder rechtsvernichtenden Tatsachen zu beweisen hat.

Im Falle einer Zahlungsklage des Unternehmers muss dieser den Vertragsschluss (gemäß den Beispielen den Abschluss des Kauf- oder Maklervertrages) sowie die Erfüllung der ihm obliegenden vertraglichen Pflichten (Übereignung des Kaufgegenstandes in den Fällen a) und b) sowie in Fall c) die Vermittlung eines potentiellen Interessenten für einen Vertragsabschluß darlegen und ggf. beweisen. Der Verbraucher wird im Fall a), sofern er keine Widerklage erhebt, die Aufrechnung mit dem von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruch erklären, dessen jeweilige Voraussetzungen er seinerseits darzulegen und zu beweisen hat (Handlung bzw. Unterlassung, Schaden, Kausalität etc.). Gegen die Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs wird der Unternehmer die Geltung des in den Vertragsbestimmungen enthaltenen Haftungsausschlusses einwenden. Es obliegt ihm dann ggf. die Darlegung und die Beweisführung für die wirksame Einbeziehung der Klausel mit dem Haftungsausschluss, sofern dies streitig ist, während es Sache des Verbrauchers ist, den Haftungsausschluss durch eine Inhaltskontrolle zur Fall zu bringen. Parallel verhält sich die Situation in den Fällen b) und c). Der Unternehmer muss neben den Anspruchsvoraussetzungen Vertragsschluss und vertragsgemäße Leistungserbringung bzw. Erfüllung, ggf. auch die wirksame Einbeziehung der Klausel in den Vertrag darlegen und beweisen. Um sich auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen zu können, muss der Verbraucher alle für die Inhaltskontrolle relevanten Tatsachen darlegen und beweisen (s. u.).

Dieselben beweisrechtlichen Situationen bestehen im Prinzip, wenn der Verbraucher im Fall a) auf Schadensersatz und im Fall b) auf Wandlung klagt. Allerdings hat nun der Verbraucher neben den übrigen Anspruchsvoraussetzungen auch den Vertragsschluss zu beweisen, da die Voraussetzungen der vom Unternehmer geltend gemachten Zahlungsklage hier entfallen. Im Fall c), bei dem nur eine negative Feststellungsklage des Verbrauchers in Betracht kommt, hat der Verbraucher in Deutschland darzulegen, dass der Unternehmer einen Zahlungsanspruch gegen ihn aufgrund des Maklervertrages geltend machen will, so dass er auch in diesem Fall den Vertragsschluss zu beweisen hat. Dies gilt auch, egal welcher Ansicht man folgt, für Italien. Zudem hat der Verbraucher – trotz der vorstehend erörterten Abweichungen - sowohl in Italien als auch in Deutschland jeweils die Unwirksamkeit der Klausel nachzuweisen.

Nach den hier durchgespielten Prozesssituationen kommt man für die hier zu untersuchende Frage der missbräuchlichen Vertragsklauseln zu dem Ergebnis, dass nach der Grundregel der Beweislast für die jeweils günstigen Tatsachen der Unternehmer grundsätzlich die wirksame Einbeziehung in den Vertrag, hingegen der Verbraucher die Unwirksamkeit der Klausel darzulegen und zu beweisen hat. Fokussiert man nun die Prozessbetrachtung auf diesen Teil, obliegt dem Verbraucher im Gegensatz zum Unternehmer eine erhebliche Darlegungs- und Beweislast, von der der Unternehmer sogar entbunden ist, wenn die Einbeziehung in den Vertrag unstreitig ist.

1. Die Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel bei streitigen Tatsachen

Sowohl in Italien als auch in Deutschland sind nur streitige, für die Gegenseite ungünstige, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Hierzu zählen nicht anerkannte bzw. zugestandene (§ 288 ZPO), offenkundige (§ 291 ZPO), gesetzlich vermutete (§ 292 ZPO), fingierte oder für die Gegenseite günstige Tatsachen⁶⁴⁰. Entsprechend sind im italienischen Recht gemäß Art. 115 Abs. 2 c.p.c. offenkundige Tatsachen (*fatti notori*), allgemein bekannte Erfahrungssätze (*massime d'esperienza*) und vermutete

Tatsachen nicht zu beweisen. Unstreitige bzw. nicht bestrittene Tatsachen bedürfen nach h.M. keines Beweises⁶⁴¹, während eine Mindermeinung auch von der Beweisbedürftigkeit nicht bestrittener Tatsachen ausgeht, wobei das Gericht jedoch aus dem Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei gemäß Art. 116 c.p.c. die entsprechenden Schlussfolgerungen ziehen müsse⁶⁴².

2. Die Beweiserhebung über streitige Tatsachen in Deutschland und Italien

Über die streitigen Tatsachen wird in beiden Ländern im Prozess Beweis nur im Rahmen der Beweisaufnahme erhoben. Die Beweisaufnahme ist ein Teil des Zivilverfahrens, die, sofern erforderlich, erst in der Mitte oder zum Ende des Verfahrens hin, erfolgt. In diesem Exkurs soll vergleichend der Ablauf eines Zivilprozesses in Deutschland und Italien dargestellt werden.

Prozessual läuft eine Zivilklage in Deutschland wie folgt ab: Der Kläger reicht gemäß § 253 Abs. 1 ZPO seine Klageschrift (zu den Anforderungen an die Klageschrift vgl. § 253 Abs. 2 – 5 ZPO) beim zuständigen Gericht ein, welches nach § 270 ZPO die Zustellung der Klageschrift von Amts wegen an den Beklagten veranlasst. Mit der Klageschrift zusammen werden die Verfügungen des Gerichts für den Prozess zugestellt. Welche Verfügungen dies sind, hängt davon ab, ob das Gericht gemäß § 272 Abs. 2 ZPO einen frühen ersten Termin bestimmt (§ 275 ZPO) oder das schriftliche Vorverfahren (§ 276 ZPO) anordnet (z.B. Ladung zum frühen ersten Termin (§ 275 Abs. 2 ZPO) oder Fristsetzung für Bestellung und Klageerwidern im schriftlichen Vorverfahren (§ 276 ZPO) sowie in Verfahren vor den Landgerichten Aufforderung einen bei Gericht zugelassenen Rechtsanwalt zu bestellen (§§ 271 Abs. 2, 277 Abs. 2 ZPO)). Das Gericht entscheidet frei, welche Verfahrensweise in diesem Fall Anwendung finden soll. Dabei lässt sich das Gericht von dem Leitsatz in § 272 Abs. 1 ZPO leiten, dass das Verfahren in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung, dem sog. Haupttermin (§ 278 ZPO), zu erledigen ist. Da auch

⁶⁴⁰ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, Einf § 284 ZPO, Rn. 4

⁶⁴¹ Battaglini/Novelli/Pettiti/Novelli, Art. 115 c.p.c., Anm. 3 mwN

⁶⁴² Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. 70 f.

der frühe erste Termin (§ 275 ZPO) Haupttermin sein kann, bietet sich dieses Verfahren vor allem für einfache, schnell zu erledigende Fälle an, während komplexere Fälle, die eine umfangreiche Sachaufklärung verlangen, besser im Wege des schriftlichen Vorverfahrens durchgeführt werden.

Im schriftlichen Vorverfahren bestimmt das Gericht nach hinreichender schriftlicher Vorbereitung den Haupttermin (§ 278 ZPO), während im Verfahren des frühen ersten Termins, sofern nicht schon dieser Haupttermin ist, einen Haupttermin bestimmt, in dem das Gericht aus seiner Sicht zunächst in den Sach- und Streitstand einführt und ggf. die Parteien anhört (§ 278 Abs. 1 ZPO). Ist eine gütliche Beilegung des Streits (§ 279 ZPO) nicht möglich, so folgt die sog. streitige Verhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO. An dieser Stelle muss dem Gericht der Sach- und Streitstand (Rechtsfragen, erheblicher Sachvortrag beider Parteien, unstreitige und streitige Tatsachen, welche Beweise bzw. Beweismittel wurden angeboten) klar sein, oder es muss spätestens jetzt durch Frage auf dessen Klarheit und Vollständigkeit hinwirken. Bei streitigen Tatsachenbehauptungen bedarf es nun der Beweisaufnahme durch das Gericht (§§ 278 Abs. 2, 284, 355 ZPO). Kann der Beweis noch in der mündlichen Verhandlung, z.B. durch Anwesenheit des Zeugen, erhoben werden, ergeht ein formloser Beschluss (§ 273 ZPO), andernfalls, also falls Vertagung erforderlich ist bzw. bei Parteivernehmung (§ 450 ZPO), ergeht ein förmlicher Beweisbeschluss (§ 358 ZPO), aus dem die beweiserheblichen Tatsachen, die Beweismittel und der Beweisführer hervorgeht (§ 359 ZPO). Die Beweisaufnahme gilt als besonderer Prozessabschnitt. Nach ihrem Abschluss soll sich unmittelbar die Schlussverhandlung (§§ 370, 285 ZPO) anschließen, in der Richter noch einmal den Sach- und Streitstand mit den Parteien erörtert (§ 278 Abs. 2 ZPO) und die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme verhandeln (§ 285 ZPO). Ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, folgt im Anschluss daran das Urteil in der mündlichen Verhandlung (selten) oder in einem sofort anzuberaumenden Termin (§ 310 ZPO).

In Italien läuft der Zivilprozess etwas anders ab, was auch schon dadurch bedingt ist, dass anders als in Deutschland die Zustellung aller Schriftstücke

einschließlich Urteil nicht von Amts wegen durch das Gericht, sondern im Wege der Parteizustellung erfolgt. Auch andere in Deutschland von Amts wegen vorgenommene Handlungen (z.B. Registrierung des Rechtsstreits bei Gericht, Veranlassung der Zustellung der Schriftsätze, Festlegung der ersten mündlichen Verhandlung, Protokollführung etc.) bedürfen in Italien der Handlungen der Parteien. Dort müssen die Parteien insgesamt zu viel mehr aktiv zum Verfahren beitragen als in Deutschland, wo die aktive Rolle des Gerichts erheblich zur Prozessabwicklung beiträgt. Die Aktivität des Gerichts in einem solche Maße fehlt in Italien.

Das Erkenntnisverfahren (*processo di cognizione*) in Italien teilt sich nach dem c.p.c. in drei Abschnitte, die in dieser expliziten Weise nicht in Deutschland unterschieden werden: die Einleitung (*introduzione*), die streitige Verhandlung (einschließlich Beweisaufnahme) (*trattativa*) und die Entscheidung (*decisione*). Der Kläger leitet das Verfahren ein, indem er seine Klageschrift (*atto di citazione*), ausformuliert entsprechend den gesetzlichen Anforderungen (Art. 163 c.p.c.), zunächst dem Beklagten durch den Gerichtsvollzieher (*ufficiale giudiziario*) zustellen lässt (Art. 163 letzter Absatz, Art. 137 ff. c.p.c.). Anders als in Deutschland besteht die Klageschrift aus zwei Teilen, der Klage als solcher (wie in Deutschland) und der sog. *vocatio in ius* (Art. 163 Abs. 1 c.p.c.). Mit letzterer fordert der Kläger den Beklagten auf, sich bei Gericht zu bestellen und zur mündlichen Verhandlung an einem vom Kläger bestimmten Termin bei Gericht zu erscheinen. Der Kläger muss bei der Festlegung des Termins die in Art. 163 bis c.p.c. festgesetzten Fristen (z.B. innerhalb Italiens müssen mindestens 60 Tage zwischen Zustellung und mündlicher Verhandlung liegen) beachten. Ferner muss er nach Art. 163 Abs. 3 Nr. 7, Art. 166 c.p.c. den Beklagten auffordern, sich spätestens 20 Tage vor der mündlichen Verhandlung zu bestellen und ihn auf die Folgen der Fristversäumnis (Art. 170 c.p.c.) hinweisen. Da in Italien der Kläger und nicht das Gericht für die Erfüllung dieser prozessualen Voraussetzungen, aber auch inhaltlichen Anforderungen an die Klageschrift Sorge tragen muss, bestimmt Art. 164 c.p.c. die Rechtsfolgen, wenn der Kläger diese Obliegenheiten verletzt. Entspricht

also die Klageschrift nicht den gesetzlichen Anforderungen, so ist diese nach Art. 164 c.p.c. nichtig, wenn der Mangel nicht geheilt werden kann.

Erst jetzt geht die Sache in Italien zu Gericht, indem sich beide Parteien innerhalb der gesetzlichen Fristen bei Gericht bestellen (Art. 165 f. c.p.c.). Der Kläger hat bei seiner Bestellung – normalerweise innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung beim Beklagten – in der Geschäftsstelle den Antrag auf Eintragung des Rechtsstreits in das allgemeine Register des Gerichts (*nota d'iscrizione al ruolo* – Art. 70 c.p.c.) und das sog. *fascicolo di parte* (während in Deutschland nur eine Gerichtsakte geführt wird, gibt es in Italien neben der eigentlichen Gerichtsakte für jede Partei einen sog. *fascicolo di parte*, in dem die Prozessunterlagen der Parteien aufbewahrt werden) bei der Geschäftsstelle zu übergeben. Nach Art. 168 c.p.c. trägt der Beamte der Geschäftsstelle (*cancelliere*) bei der Bestellung den Rechtsstreit dann aufgrund des Antrags in das Register ein (das ist in Deutschland mit der Vergabe einer Geschäftsnummer gleichzusetzen) und legt eine Gerichtsakte an. Erst dann wird vom Präsidenten des Gerichts ein sog. Untersuchungsrichter (*giudice istruttore*) (in Deutschland könnte man das mit dem Berichterstatter vergleichen) bestimmt (Art. 168 bis c.p.c.), der das Verfahren alleine bis zur Entscheidung durchführt, welche dann in der Regel, wenn nicht vom Berichterstatter als Einzelrichter, von der Zivilkammer (Richterkollegium) entschieden wird (174 c.p.c.). Damit ist dann die erste Phase abgeschlossen.

In der ersten mündlichen, vom Kläger festgelegten Verhandlung (*udienza di prima comparizione*) prüft der Richter von Amts wegen die Voraussetzungen des Rechtsstreits, insbesondere die Anwesenheit der Parteien und ihre rechtmäßige Bestellung (Art. 180 c.p.c.). In der dann vom Richter festgesetzten mündlichen Verhandlung (*prima udienza di trattazione* - Art. 183 c.p.c.) wird erst in der Sache selbst verhandelt, der Richter kann die Parteien anhören, um die Sach- und Rechtslage aufzuklären, und versuchen den Rechtsstreit gütlich beizulegen. In der Praxis gibt es aufgrund von Vertagungen eine Reihe von mündlichen Verhandlungen, die wie in Deutschland, durch den Einschub der Beweisaufnahme nicht unterbrochen werden. Nach Art. 184 c.p.c. lässt der

Richter, wenn er es für erforderlich hält, die von den Parteien beantragten Beweismittel zu und gewährt auf Antrag eine Frist für neue Beweismittel. Nach Ablauf der Fristen sind weitere von den Parteien vorgebrachte Beweismittel vom Prozess ausgeschlossen. Nach Abschluss der Beweisaufnahme und der streitigen Verhandlung verweist der Richter den Rechtsstreit an die Kammer zur Entscheidung (Art. 188 c.p.c.). Wenn die Parteien keine mündliche Verhandlung vor der Kammer beantragen, entscheidet diese durch Hinterlegung des Urteils in der Geschäftsstelle (Art. 275 f. c.p.c.).

Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien die streitigen Tatsachen nicht nur in ihren Schriftsätzen dargelegt haben, sondern die jeweils beweisbedürftige Partei auch Beweis in Form von Urkunden (*prova documentale*), Zeugen (*prova testimoniale*), Augenschein (*ispezione*) oder Parteivernehmung (*interrogatorio formale*) angeboten hat (Art. 115 Abs. 1 c.p.c. bzw. §§ 371, 373, 403, 420, 445, 447 ZPO). In Deutschland müssen die Beweismittel für ein bestimmtes Beweisthema gleichzeitig mit der Aufstellung der Behauptung in den Prozess eingeführt werden, d. h. nach Aufstellung einer Behauptung im Schriftsatz folgt unmittelbar das Beweisangebot⁶⁴³. Hingegen erfolgt die Benennung der Beweismittel in der Klageschrift nach Art. 163 Nr. 5 c.p.c. oder in späteren Schriftsätzen jeweils am Ende. Die Benennung der Beweismittel in der Klageschrift ist im Gegensatz zum deutschen Recht nicht zwingend (§ 282 ZPO), so dass diese auch noch später erfolgen kann (Art. 184 c.p.c.) und die Klageschrift an keinem Mangel leidet, der zu ihrer Nichtigkeit führt. Das in Deutschland als Beweismittel angesehene Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen (*consulenza tecnica*) wird in Italien nicht als Beweismittel im eigentlichen Sinn angesehen. Das Gutachten des vom Gericht bestellten Sachverständigen, des sog. *c.t.u.* (Art. 61 c.p.c.) ist in Italien kein eigentliches Beweismittel im Gegensatz zum dem im alten c.p.c. von 1865 geregelten Gutachten (*perizia*)⁶⁴⁴. Der Gutachter wird als Hilfsperson des Gerichts angesehen, welches sich dessen bedient, um Aufklärung bzw.

⁶⁴³ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Vorbem § 284, Rn. 2

⁶⁴⁴ Luiso, Vol. II, S. 90

Beratung über dem Gericht nicht bekannte technische Vorgänge zu erlangen⁶⁴⁵. Der *c.t.u.* ergänzt damit das Wissen des Richters. Die durch das Gutachten bewiesenen Tatsachen befreien die Partei nicht von ihrer Beweislast, d. h. die Partei muss weiterhin diese Tatsachen beweisen, es sei denn, dass die zu beweisenden Tatsachen nur durch einen *c.t.u.* festgestellt werden können⁶⁴⁶.

In Italien können als Beweismittel ferner angeboten werden: das Geständnis und der Eid. Während der Eid als Beweismittel in Deutschland nicht existiert, ist das Geständnis in Deutschland kein Beweismittel, sondern eine Prozesshandlung gemäß § 288 ZPO, da eine Beweisaufnahme in diesem Fall nicht erforderlich ist⁶⁴⁷.

Nach italienischem Recht gibt es drei verschiedene Formen des Eides: *giuramento decisorio* (Art. 2736 Nr. 1 c.c., Art. 237 ff. c.p.c. – Eid zur Entscheidung des Rechtsstreits), *giuramento suppletorio* (Art. 2736 Nr. 2, 1. Alt. c.c., Art. 240 c.p.c.) und *giuramento estimatorio* (Art. 2736 Nr. 2, 2. Alt. c.c., Art. 241 c.p.c. – Eid über den Wert einer Sache). Das *giuramento suppletorio* entspricht der Beeidigung der Partei nach § 452 ZPO. Die Beeidigung wird im deutschen Recht jedoch nicht als Beweismittel angesehen, sondern nur die Aussage der Partei, der durch den Eid mehr Gewicht verliehen wird, um so ein *non liquet* zu vermeiden.

Nicht nachvollziehbar wird teilweise auch die Vermutung (*presunzione*) in Form eines indirekten Beweises (*prova critica o indiretta*) als Beweismittel (*mezzo di prova*) angesehen⁶⁴⁸, obwohl die Einordnung des direkten oder indirekten Beweises eine Frage der Beweisart ist.

Die Durchführung der Beweisaufnahme (*istruzione probatoria*) hängt in beiden Ländern im Prinzip von dem jeweiligen Beweismittel ab, so dass nicht immer ein förmlicher Beweisbeschluss (§ 358 ZPO, Art. 187 c.p.c.) erforderlich ist. Dies gilt vor allem für den Urkundenbeweis, der durch seine

⁶⁴⁵ Carpi/Taruffo, Art. 61 c.p.c., Anm. I, Rn. 1 f.

⁶⁴⁶ Urteil des Kassationshofes vom 26.08.1985, Nr. 4533

⁶⁴⁷ Zöller/Greger, ZPO, § 288, Rn. 1

⁶⁴⁸ Galgano, Diritto privato, S. 897; Torrente/Schlesinger, S. 271; Fabbrini, Presunzioni, Digesto XIV, S. 279 und Fn. 1 unter Hinweis auf die von Carnelutti getroffene Unterscheidung in direkten und indirekten Beweis.

bloße Vorlage zusammen mit den Schriftsätzen erbracht wird, und für andere präsente Beweismittel⁶⁴⁹. Hingegen ist ein förmlicher Beweisbeschluss (§ 358 f. ZPO, Art. 187, 202 c.p.c.) erforderlich für die Vernehmung von Zeugen oder einer Partei (§ 450 ZPO), der Beauftragung eines Sachverständigen (Art. 187, 191 c.p.c.) oder der Inaugenscheinnahme, sofern diese Beweismittel nicht präsent sind.

In Deutschland wird, außer im gesetzlich vorgeschriebenen Fall der Parteivernehmung, in der Regel bei den anderen aufgeführten Beweismitteln ein Beweisbeschluss erlassen, sofern diese nicht präsent sind, und daher eine Vertagung erforderlich ist. Ein Beweisbeschluss ist jedoch auch dann zwingend, wenn das Gericht nach § 358 a ZPO bereits vor der ersten mündlichen Verhandlung eine schriftliche Zeugenaussage, ein Sachverständigengutachten oder die Inaugenscheinnahme für den Termin anordnet. Diese Vorschrift dient der Prozessbeschleunigung und soll dem Gericht die Möglichkeit geben, ggf. den Rechtsstreit in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen. Wird also der Beweisbeschluss vom Gericht erlassen, ist er praktisch das Programm für die Beweisaufnahme, da er neben dem Beweismittel auch das Beweisthema und den Beweisführer enthalten muss (§ 359 ZPO).

In Italien gibt es zwar keine §§358 a, 359 ZPO entsprechende Regelungen, jedoch ist der Beschluss stets nach Art. 176, 134 c.p.c. zu begründen. Ferner kann man dies auch aus Art. 178 c.p.c. ableiten, wonach der Beweisbeschluss Gegenstand einer Kontrolle durch die Zivilkammer sein kann.

Die Beweisaufnahme findet dann durch Vernehmung der Zeugen oder einer Partei, Inaugenscheinnahme oder durch Anhörung des Sachverständigen, falls dieser kein schriftliches Gutachten abliefert, oder in Italien auch durch Geständnis oder Ablegung eines Eides statt. Die Beweisaufnahme wird protokolliert (§§ 159 f. ZPO, Art. 207 c.p.c.). Nach Art. 209 c.p.c. schließlich erklärt der Richter durch Beschluss die Beweisaufnahme für beendet und bestimmt Termin für eine weitere mündliche Verhandlung.

⁶⁴⁹ Luiso, Vol. II, S. 94; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 420 ZPO, Rn. 1, 4

Einen solchen Beschluss gibt es im deutschen Recht nicht, da § 285 ZPO lediglich bestimmt, dass die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu verhandeln haben.

Das Gericht hat schließlich die Beweise nach § 286 ZPO bzw. Art. 116 c.p.c. nach freiem Ermessen zu bewerten, wenn nicht das Gesetz die Beurteilung des Beweises vorschreibt. Grundsätzlich befindet damit der Richter frei über den Beweiswert eines Beweises ohne an gesetzliche Regeln gebunden zu sein. Allerdings ist er dabei angehalten, insgesamt sachgerecht zu urteilen und bei seiner Überzeugungsbildung Denk- und Erfahrungssätze als auch Naturgesetze zu berücksichtigen⁶⁵⁰.

Beweisregeln, die dem Richter die Beweiswürdigung vorschreiben (§ 286 Abs. 2 ZPO), gibt es nur wenige in Deutschland. Gleiches gilt für Italien. Dort ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ebenfalls durch die Regelungen der sog. *prova legale* eingeschränkt (Art. 116 c.p.c.). Grundsätzlich schreiben diese Regelungen vor, dass der volle Beweis der Tatsache erbracht wurde, ohne dass der Richter hiervon abweichen kann, da durch die gesetzliche Vorgabe der Beweiswürdigung zwangsläufig der höchste Grad der Überzeugung in der Überzeugungsskala des Richters erreicht wird (z.B. in Art. 2700, 2702, 2733, 2735, 2736, 2738 c.c.).

III. Anwendung der beweisrechtlichen Grundregel fokussiert auf die Frage der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen

Im Nachfolgenden sollen nun die Tatbestandsmerkmale der Umsetzungsgesetze auf die Beweislastverteilung und mögliche Beweiserleichterungen untersucht werden. Dabei spielen die vorstehenden Fallgestaltungen erst im Rahmen der Inhaltskontrolle eine Rolle, während die restlichen Tatbestandsmerkmale (Verbrauchervertrag, sachlicher Anwendungsbereich und Einbeziehung der Klauseln in den Vertrag) für die Fallgestaltungen ohne Unterschied sind und deshalb allgemein dargestellt werden.

⁶⁵⁰ Taruffo, Prova, Digesto XVI, S. 33; Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 657

1. Verbrauchervertrag

Sowohl Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. als auch § 24 a AGBG ist so formuliert, dass die Tatsachen für das Tatbestandsmerkmal des Verbrauchervertrages anspruchsbegründend sind, da das Merkmal, wie bei der Richtlinie, im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Inhaltskontrolle gelesen werden muss. Daher muss der Verbraucher in einem Verfahren stets, wenn er in den Genuss der Anwendung der Regelungen der Art. 1469-*bis* ff. c.c. bzw. des AGBG kommen möchte, beweisen, dass es sich um einen Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer handelt⁶⁵¹. Dabei hat er nicht den Vertragsschluss selbst zu beweisen, der sich entweder aus dem unstreitigen Sachvortrag ergibt, oder bereits vom Unternehmer im Rahmen der Zahlungsklage unter Beweis gestellt wurde, sondern die Eigenschaften der vertragsschließenden Parteien als Verbraucher und Unternehmer⁶⁵². Nur für den Fall, dass der Verbraucher selbst Klage erhebt, muss er auch den Vertragsschluss beweisen, was aber in der Regel kaum Probleme bereiten wird, da zumindest die vom Unternehmer übergebene Ware oder erbrachte Dienstleistung ein Indiz für den Vertragsschluss darstellt.

a) Unternehmereigenschaft

In der Regel wird der Beweis der Unternehmereigenschaft, sofern diese nicht unstreitig ist, durch den Verbraucher leicht zu führen sein. Steht die Unternehmereigenschaft dergestalt in Frage, dass auch ein Handeln außerhalb des Handelsgeschäfts für den Privatgebrauch in Betracht kommt, kann in einigen Fällen in Deutschland dem Verbraucher die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB zur Hilfe kommen⁶⁵³. Danach wird davon ausgegangen, dass ein Kaufmann im Sinne des HGB im Zweifel alle Geschäfte im Rahmen seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat. Sofern das nicht der Fall sein sollte, obliegt dem Unternehmer der Beweis des

⁶⁵¹ Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 2; Borges, DZWIR 1997, 402, 404; Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 20

⁶⁵² Borges, DZWIR 1997, 402, 404; Heinrichs, NJW 1996, 2190, 2191

⁶⁵³ Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB ist auch im Rahmen des Verbrauchervertrages anzuwenden, da unter den weiten Begriff des Unternehmers auch Kaufleute fallen, die ebenfalls eine selbständige, auf Dauer angelegte entgeltliche Tätigkeit ausüben, Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 16, v. Westphalen, EWS 1993, 161; a.A. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, NJW 1999, 169, 174, da sich die Anwendungsbereiche von § 344 HGB und § 24 AGBG a. F. nicht decken.

Gegenteils⁶⁵⁴. Der Nachweis der Vermutungsbasis, der Kaufmannseigenschaft, kann z.B. durch die Vorlage von Handelsregisterausügen geführt werden⁶⁵⁵.

In Italien existiert eine derartige gesetzliche Vermutung nicht. Hier ist ebenso wie in Deutschland, wenn die Vermutung nicht eingreift (z.B. bei Freiberuflern), die streitige Unternehmereigenschaft vom Verbraucher zu beweisen. Der Hinweis z.B. auf die Gesellschaftsform des Unternehmens oder die Vorlage des Briefpapiers des Unternehmers oder des schriftlichen Vertrages mit der Bezeichnung der Parteien können jedoch jeweils Tatsachen darstellen, mit denen die Unternehmereigenschaft nachgewiesen, zumindest aber auf diese geschlossen werden kann. Während man im deutschen Recht dann einen Indizienbeweis annehmen würde, läge hingegen nach italienischem Recht unter den Voraussetzungen des Art. 2729 c.c. eine *presunzione semplice* vor.

Abweichend vom deutschen Recht muss der Verbraucher in Italien zur Erfüllung des Unternehmerbegriffs auch beweisen, dass der Unternehmer von dem Vertrag im Rahmen seiner unternehmerischen oder professionellen Tätigkeit Gebrauch gemacht hat (Art. 1469-bis, Abs. 2, Satz 2 c.c.: „*Il professionista ... che ... utilizza il contratto al primo comma*“). Sofern aber die Unternehmereigenschaft nachgewiesen ist, dürfte in der Regel auch auf die entsprechende Verwendung des Vertrages durch den Unternehmer zu schließen sein. Auch hier läge dann eine *presunzione semplice* vor.

b) Verbrauchereigenschaft

Auch der Nachweis der Verbrauchereigenschaft könnte nur dann nicht so einfach zu erbringen sein, wenn der Verbraucher eine entsprechende gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausübt und sein Handeln nicht (ausschließlich) zu privaten Zwecken erfolgt (z.B. Kauf eines Autos als

⁶⁵⁴ Hopt, HGB, § 344, Rn. 1, 3 (wobei es in Rn. 3 anstatt Gegenbeweis richtig Beweis des Gegenteils heißen müsste, vgl. auch BGHZ 63, 31, 32)

⁶⁵⁵ Kaufleute gemäß §§ 2 ff. HGB sind im Handelsregister eingetragen. Dies gilt zwar auch für Kaufleute nach § 1 HGB, allerdings können diese auch schon vor Eintragung kaufmännisch tätig werden (Hopt, HGB, § 1, Rn. 51). In diesen Fällen, in denen der Verbraucher dann ein gewerbliches Handeln im Außenverhältnis nachweisen müsste, braucht er die Vermutung gar nicht mehr, da für den Unternehmerbegriff der Nachweis der gewerblichen Tätigkeit ausreicht.

Rechtsanwalt). Ansonsten dürfte der Nachweis der Verbrauchereigenschaft keine Probleme bereiten.

Eine Vermutung, dass stets ein Verbraucher Vertragspartner des Unternehmers ist, gibt es nicht. In Deutschland sind aber z.B. Arbeitnehmer per Gesetz immer Verbraucher. Dies gilt zwar nicht in Italien, jedoch wurde in der Literatur vorgeschlagen, mittels Vermutung die Verbrauchereigenschaft bei Arbeitnehmern, Rentnern und Studenten anzunehmen⁶⁵⁶. Während bei Rentnern, solange diese keiner Beschäftigung nachgehen, das Gericht durchaus von einer solchen tatsächlichen Vermutung ausgehen könnte, ist dieser logische Schluss bei Arbeitnehmern oder Studenten (wenn man das Studium bereits unter die beruflichen Tätigkeit zählt bzw. bei Nebenjobs) nicht zwingend, da diese durchaus, auch wenn nicht in allzu vielen Fällen, einen Vertrag zu beruflichen Zwecken schließen.

Jedoch ist die streitige Verbrauchereigenschaft in der Regel aus dem Vertrag abzuleiten. Dabei kommt es nicht auf den inneren Willen, sondern auf die objektiven Umstände und den Vertragsinhalt an⁶⁵⁷. Hierbei kann dem Verbraucher der Vertragsgegenstand zur Hilfe kommen, wenn eindeutig ist, dass dieser von ihm für (im deutschen Recht überwiegend) nicht gewerbliche Zwecke verwendet wird (z.B. Kauf eines Kombis mit Kindersitz). Der Vertragsgegenstand ist Indiz, von dem dann auf die nicht gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Verbrauchers geschlossen werden kann. Dies kann ggf. sogar auch gleichzeitig für die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers gelten (s. o.).

In dem seltenen Fall, dass der Verbraucher den Vertragsgegenstand sowohl für private als auch professionelle Zwecke erwirbt, ohne dass objektive Kriterien eine bestimmte Bewertung ermöglichen (z.B. Computer), soll nach der Ansicht der italienischen Literatur der Verbraucherbegriff dennoch erfüllt sein, da die in diesen Fällen regelmäßig betroffenen kleinen Unternehmer genauso schutzbedürftig seien⁶⁵⁸. Hingegen ist die deutsche

⁶⁵⁶ Alpa/Patti/Astone, Art. 1469-bis, S. 108

⁶⁵⁷ Heinrichs, NJW 1996, 2190, 2191, der auf eine objektive *ex ante* Betrachtung abstellt. Auch so Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 364.

⁶⁵⁸ Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 435; Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 365

Literatur der Auffassung, dass im Zweifel die Regelung keine Anwendung findet⁶⁵⁹. In Bezug auf Beweisfragen haben diese Ansichten keine Auswirkung, da es nur um die Auslegung des Begriffs „Verbraucher“ geht, der verschiedene Anforderungen stellt. Nach der italienischen Ansicht muss die auch private Nutzung, nach deutschem Recht die überwiegend private Nutzung nachgewiesen werden, wobei der Nachweis der ersten Tatsache aufgrund der geringeren tatbestandlichen Anforderungen leichter sein wird.

c) Bewertung

In der Praxis wird der Nachweis eines Verbrauchervertrages für den Verbraucher wenig Probleme bereiten, zumal er in der Regel unstreitig sein wird. Problematisch sind nur die Fälle, in denen sowohl eine berufliche als auch private Komponente bei der jeweiligen Person des Unternehmers oder Verbrauchers im Spiel ist. Auch wenn keine Vermutung besteht, lassen Tatsachen normalerweise den Schluss auf die Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft zu.

2. Der sachliche Anwendungsbereich im deutschen Recht: AGB oder einmalig vorformulierte Klauseln

Aufgrund der unterschiedlichen sachlichen Anwendungsbereiche sind in Deutschland gemäß § 24 a AGBG nun nach dem Tatbestandsmerkmal des Verbrauchervertrages die weiteren Voraussetzungen des AGBG (§§ 1 ff.) nach den Maßgaben des § 24 a AGBG zu prüfen. Nächstes zu betrachtendes Tatbestandsmerkmal ist danach gemäß § 1 AGBG die Existenz von AGB oder nach § 24 a Nr. 2 AGBG einmalig vorformulierten Klauseln. Ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal existiert hingegen in Italien nicht.

a) Die Verteilung der Beweislast in § 1 AGBG für AGB

Nach § 1 AGBG obliegt demjenigen, der sich auf das Vorliegen von AGB beruft, die Beweislast für ihr Bestehen, während der Nachweis von im Einzelnen ausgehandelten Klauseln nach § 1 Abs. 2 AGBG der anderen

⁶⁵⁹ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, NJW 1999, 169, 173; a.A. v. Westphalen, BB 1996, 2101

Partei obliegt. In der Regel beruft sich der Kunde bzw. Verbraucher auf das Vorliegen von AGB, um in den Schutzbereich der Inhaltskontrolle zu gelangen. Hingegen beruft sich der Verwender bzw. Unternehmer, sofern möglich, darauf, dass eine Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, weshalb ihm nach § 1 Abs. 2 AGBG die Beweislast obliegt⁶⁶⁰. Diese grundsätzliche Verteilung der Beweislast ist h. M., jedoch bestehen für bestimmte Fallgestaltungen im Einzelnen abweichende Ansichten in Bezug auf Beweiserleichterungen.

Beweiserleichterungen können dem Verbraucher zu Gute kommen, wenn schon die äußere Form des Vertrages auf eine standardisierte Form, wie bei einem Formularvertrag, schließen lässt. In diesem Fall, so die Literatur, spricht der erste Anschein für AGB⁶⁶¹. Neben dem Begriff des ersten Anscheins wird teilweise in der Literatur – manchmal sogar im gleichen Satz – auch der Begriff der Vermutung verwendet⁶⁶². Mit Vermutung kann nur eine tatsächliche Vermutung gemeint sein, die jedoch im deutschen Recht ein streitiges Rechtsinstitut darstellt und von der Lehre abgelehnt wird. Zudem muss die Verwendung des Begriffs der Vermutung, wie bereits ausgeführt wurde, nicht bedeuten, dass eine Vermutung vorliegt. Im Rahmen des deutschen Rechtsinstituts des Anscheinsbeweises wurde in vielen Fällen von der Rechtsprechung von einer Vermutung gesprochen, obwohl eigentlich ein Anscheinsbeweis vorlag⁶⁶³. Auch hier ist dies der Fall: Im heutigen Geschäftsverkehr entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein der äußeren Form nach standardisierter Vertrag bzw. Vertragsklauseln in der Regel nicht im einzelnen ausgehandelt bzw. nur zur einmaligen Verwendung aufgestellt wurden, sondern einseitig für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert wurden, also AGB sind. Es liegt eine typische Sachlage vor, so dass man auch nicht von einem Indizienbeweis sprechen kann⁶⁶⁴. Auch der Gesetzgeber, obwohl er in seiner Gesetzesbegründung den Begriff der Vermutung verwendet, geht nicht von

⁶⁶⁰ Willemsen, NJW 1982, 1121, 1124; Locher, S. 38 f.; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 60 ff.; Heinrichs, NJW 1977, 1505, 1509

⁶⁶¹ Willemsen, NJW 1982, 1121, 1124

⁶⁶² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1 AGBG, Rn. 61; Schmidt-Salzer, NJW 1977, 129, 131; BT-Drucksache 7/3919, S. 17

⁶⁶³ Vgl. hierzu Prütting, S., der dies anhand von Fällen der Rechtsprechung untersucht und nachgewiesen hat.

⁶⁶⁴ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 60 f.

einer „technischen“ Vermutung, sondern der Möglichkeit eines Anscheinsbeweises aus⁶⁶⁵. Denn er verwendet zum einen den Begriff „Anzeichen“ und spricht zum anderen von der Möglichkeit des Verwenders, die Individualvereinbarung „entgegen dem ersten Anschein“ zu beweisen. Nicht anders können die anderen Literaturansichten zu verstehen sein⁶⁶⁶.

Das in § 1 Abs. 1 AGBG ebenfalls enthaltene Merkmal des „Stellens“ gilt für Verbraucherverträge in der Form nicht, da durch § 24 a Nr. 1 AGBG hierfür eine besondere Regelung eingeführt wurde. Danach gelten alle AGB (auch sog. Drittklauseln) als vom Unternehmer gestellt, wenn sie nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden.

Hierbei handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung und keine Fiktion⁶⁶⁷, die bei nachgewiesenen ABG auf das Stellen von Seiten des Unternehmers schließt und somit den Verbraucher vom Beweis dieses anspruchsbegründenden Merkmals entbindet. Der Unternehmer kann nun den Beweis des Gegenteils führen, indem er nachweist, dass die AGB vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt worden sind⁶⁶⁸.

b) Einwendung: individuell ausgehandelte Klauseln gemäß § 1 Abs. 2 AGBG

Sofern dem Verbraucher der Nachweis des Vorliegens von AGB gelingt, kann der Unternehmer einwenden, dass diese Klauseln nicht in den Anwendungsbereich des AGBG fallen, da diese Klausel(n) im Einzelnen mit dem Verbraucher ausgehandelt wurde(n). Dann obliegt dem Unternehmer die volle Beweislast für den Beweis⁶⁶⁹, dass die Klausel(n) im Einzelnen ausgehandelt wurde(n)⁶⁷⁰. Denn das Vorliegen einer Individualabrede nach § 1 Abs. 2 AGBG ist eine rechtshindernde Tatsache, da es sich bei der Individualabrede um eine negative Voraussetzung handelt,

⁶⁶⁵ BT-Drucksache 7/3919, S. 17: „...*Spricht aufgrund solcher Anzeichen eine Vermutung für die Verwendung von AGB, so soll dem Verwender gleichwohl die Möglichkeit verbleiben, gegebenenfalls darzutun, dass einzelne oder sämtliche Vertragsbestimmungen („soweit...“) entgegen dem ersten Anschein ausgehandelt sind. ...*“

⁶⁶⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1 AGBG, Rn. 61; Schmidt-Salzer, NJW 1977, 129, 131

⁶⁶⁷ So aber Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 39; BT-Drucksache 13/2713, S. 7

⁶⁶⁸ Coester-Waltjen, Jura 1997, 272, 273; Borges, DZWIR 1997, 402, 405

⁶⁶⁹ v. Westphalen, BB 1996, 2101, 2103

⁶⁷⁰ Locher, S. 39; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 64; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1 AGBG, Rn. 63

die für die Entstehung des Rechts nicht vorhanden sein darf. Auch die Fassung des Gesetzes („AGB liegen nicht vor...“) spricht für eine rechtshindernde Tatsache.

Allerdings kann auch der Fall gegeben sein, in dem dem Unternehmer als Verwender die Beweisführung erleichtert wird. Das sind die Fälle, bei denen z.B. nachträgliche Änderungen am vorformulierten Text vorgenommen wurden⁶⁷¹. Diese sprechen nach der allgemeinen Lebenserfahrung dafür, dass diese aufgrund nachträglichen gemeinsamen Parteiwillens in den Vertrag eingeführt wurden. Diesen Anscheinsbeweis für eine Individualvereinbarung muss dann der Verbraucher entkräften⁶⁷².

c) Einmalig vorformulierte Verträge

§ 24 a Nr. 2 AGBG erweitert den Anwendungsbereich auch auf einmalig vorformulierte Verträge. Nach der gesetzlichen Ausformulierung als anspruchsbegründende Merkmale trifft auch hier den Verbraucher die Beweislast für vorformulierte Vertragsbedingungen, die zur einmaligen Verwendung bestimmt sind sowie – anders als im Fall des § 1 Abs. 2 AGBG - die Beweislast für die fehlende Einflussnahme aufgrund dieser Vorformulierung⁶⁷³.

Entscheidend kommt es hier auf die fehlende Einflussnahme des Verbrauchers aufgrund der vom Unternehmer einseitig vorformulierten Klauseln an. Ein unmittelbarer Beweis kann hier aufgrund der negativen Ausgestaltung nicht geführt werden, so dass der Verbraucher von Anfang an auf Indizien angewiesen ist. Ob die Vorformulierung allein ein Indiz für diese fehlende Einflussnahme darstellen kann, ist streitig⁶⁷⁴. Auch wenn die Vorformulierung den Grund für die fehlende Einflussnahme des

⁶⁷¹ Locher, S. 39; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 64; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1 AGBG, Rn. 63, wobei eine einzelne Änderung noch kein Indiz für eine Individualvereinbarung darstellt, sondern hierfür schon mehrere Anhaltspunkte bestehen müssen. Strenger noch Willemsen, NJW 1982, 1121, 1124, der handschriftliche Abänderungen nicht ausreichen lassen will, da auch diese vom Unternehmer einseitig diktiert werden können, insbesondere, wenn dieser die Lücken im Vertrag ausfüllt. Ein Anscheinsbeweis können daher nur dann angenommen werden, wenn Teile der gedruckten Klauseln gestrichen und nicht nur den Unternehmer begünstigende Klauseln eingefügt wurden.

⁶⁷² Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 63

⁶⁷³ Locher, Jus 1997, 389, 391; Heinrichs, NJW 1996, 2190, 2193; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 51; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG, Rn. 36 f.

⁶⁷⁴ Dagegen Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 48; a.A. Horn in Wolf/Horn/Lindacher, § 24 a AGBG Rn. 37, der aus der Vorformulierung aufgrund des typischen Kausalverlaufs einen Anscheinsbeweis ableitet, ebenso Bunte, DB 1996, 1389, 1392.

Verbrauchers nach dem Gesetz darstellt, kann sie nicht allein ein Indiz für die fehlende Einflussnahme sein, da sie zum einen selbst ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal darstellt, zum anderen die bloße Vorformulierung nicht zwingend logisch auf die fehlende Einflussnahme schließen lässt. Hierzu bedarf es weiterer Kriterien, die einen solchen Schluss zulassen. Es wird daher vorgeschlagen, auch auf die Umstände des Vertragsschlusses abzustellen, wie z.B. das Verhalten des Unternehmers bei Vertragsschluss (u. a. Drängen auf Vertragsabschluss), die Art der Formulierung der Klauseln (u. a. unübersichtliche, komplizierte Klauseln oder ähnliche Klauseln wie die AGB des Unternehmers, die nicht zur Disposition stehen) oder das wirtschaftliche und intellektuelle Gefälle zwischen Unternehmer und Verbraucher (u. a. Unerfahrenheit, wirtschaftliche Zwangslage)⁶⁷⁵.

d) Bewertung

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass es sich bei den zu beweisenden Tatsachen gemäß § 1 Abs. 1 AGBG um anspruchsbegründende Tatsachen handelt, für die eigentlich der volle Beweis zu erbringen ist, jedoch, wenn der äußere Anschein gegeben ist, das Vorliegen von AGB im Wege des Anscheinsbeweises angenommen wird. Für die rechtshindernde Tatsache der Individualvereinbarung muss der Unternehmer vollen Beweis erbringen, auch wenn ihm seinerseits z.B. im Falle handschriftlicher Änderungen der Anscheinsbeweis die Beweisführung erleichtern kann. Diese Beweislastverteilung für AGB entspricht den Vorgaben der Richtlinie aus Art. 3 Abs. 2, die, so auch die deutsche Regelung, nicht für einmalig vorformulierte Klauseln gelten.

Für den Verbraucher wird es daher weitaus schwieriger sein, den Beweis im Falle einmalig vorformulierter Klauseln zu führen als bei AGB. Zum einen ist der Beweis ersten Anscheins bei AGB leicht zu führen, zum anderen hilft dem Verbraucher die Vermutung, dass die AGB vom Unternehmer gestellt wurden. Schließlich muss der Unternehmer beweisen, dass durch Aushandeln der Verbraucher Einfluss auf die Gestaltung der Vertragsklauseln hatte. Gerade dies gilt im Fall einmalig vorformulierter

⁶⁷⁵ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 48; Heinrichs, NJW 1996, 2189, 2193

Klauseln nicht. Hier muss der Verbraucher das Gericht überzeugen, dass er keinen Einfluss nehmen konnte, während der Unternehmer im Wege des Gegenbeweises nur die Möglichkeit der Einflussnahme des Verbrauchers darlegen und beweisen muss, indem er z.B. bloß seine erkennbare Änderungsbereitschaft darlegt und beweist. Diese Beweisführung wird für den Unternehmer, sofern er diese Änderungsbereitschaft gegenüber dem Verbraucher hat erkennen lassen, keine größeren Schwierigkeiten bereiten. Folge dieser erfolgreichen Beweisführung wäre dann, dass aufgrund der Einflussmöglichkeit des Verbrauchers die ihn schützenden Normen des AGBG keine Anwendung finden. Im Sinne des Verbraucherschutzes wird es daher auch Aufgabe der Gerichte sein, herauszuarbeiten, welche Anforderungen an die erkennbare Änderungsbereitschaft des Unternehmers zu stellen sind.

3. Exkurs: Einbeziehung der streitrelevanten Klausel

An dieser Stelle soll auf die vom Unternehmer zu beweisende Einbeziehung der streitrelevanten Klausel(n) eingegangen werden, nachdem auf die Art der Klauseln im vorhergehenden Punkt für das deutsche Recht eingegangen wurde. Die Art der Klausel spielt für Frage der Einbeziehung eine Rolle, da sowohl nach deutschem als auch nach italienischem Recht für die Einbeziehung von AGB besondere Voraussetzungen bestehen. Im Falle von AGB gelten für die wirksame Einbeziehung § 2 AGBG bzw. Art. 1341 c.c.; bei einmalig vorformulierten Klauseln hingegen finden diese gesetzlichen Regelungen keine Anwendung⁶⁷⁶, so dass auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Vertragsschlusses zurückgegriffen werden muss.

a) Die Einbeziehung von AGB

Aufgrund der parallelen Geltung von alten und neuen Regelungen findet in Italien Art. 1341 c.c. Anwendung (s. o.). In Deutschland gelten die Voraussetzungen von § 2 AGBG. Diese Voraussetzungen sind in beiden

⁶⁷⁶ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 53, § 2 AGBG ist nicht in der in § 24 a Nr. 2 AGBG enthaltenen Aufzählung der anwendbaren Paragraphen erwähnt.

Ländern jeweils von demjenigen zu beweisen, der sich auf die Geltung der AGB beruft⁶⁷⁷. Das ist der Unternehmer.

In Deutschland hat der Unternehmer – im Falle von AGB oder Formularvertrag – die Erfüllung der in § 2 Abs. 1 AGBG genannten Obliegenheiten zu beweisen, während die Beweislast der AGB-Eigenschaft beim Verbraucher liegt, der sich auf den Schutz des AGBG beruft (s. o.)⁶⁷⁸. Der Unternehmer als Verwender muss damit darlegen und beweisen, dass er entweder bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausdrücklich und für den Verbraucher unmissverständlich auf die Einbeziehung der AGB hingewiesen hat (Nr. 1) oder dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft hat, in zumutbarer Weise von den AGB bei Vertragsschluss Kenntnis nehmen zu können (Nr. 2) und der Verbraucher in beiden Fällen mit der Einbeziehung einverstanden war. Dem Unternehmer kommen hierbei weder Vermutungen zur Hilfe, noch sind Anscheinsbeweise üblich. Die Beweisführung ist jedoch dann einfacher, wenn der Verbraucher die AGB gesondert unterzeichnet hat, oder eine ausdrückliche Einbeziehungsklausel deutlich sichtbar auf der Vorderseite der Vertragsurkunde steht und die AGB auf der Rückseite abgedruckt sind. Dann ist ein Indiz für den ausdrücklichen Verwenderhinweis und das Einverständnis des Kunden gegeben⁶⁷⁹. Diese Indizwirkung besteht bei einer Bestätigungsklausel allerdings nicht für § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG, da es hier neben der Möglichkeit der Kenntnisnahme auf die Lesbarkeit und Verständlichkeit der AGB ankommt.

In Italien ist die Frage der Beweislast nicht ganz so unstreitig wie in Deutschland. Im Prinzip kommen jedoch alle Ansichten zu demselben Ergebnis, unabhängig davon, wie nun die Möglichkeit der Kenntnisnahme dogmatisch eingeordnet wird⁶⁸⁰. Grundsätzlich ist man sich einig, dass die

⁶⁷⁷ Patti/Patti, S. 342; Locher, S. 49

⁶⁷⁸ h.M. vgl. Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 20 und § 2 AGBG, Rn. 4 a.E.

⁶⁷⁹ Solche Bestätigungsklauseln sind nicht nach § 9 AGBG unwirksam, da sie rein deklaratorische Bedeutung haben. Ihnen kommt daher auch keine volle Beweiskraft zu. Hingegen sind die sog. Aushändigungsklauseln, wonach der Kunde die Aushändigung der AGB bestätigt, unwirksam. Vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG, Rn. 66; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG, Rn. 48

⁶⁸⁰ Patti/Patti, S. 342 ist der Auffassung, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht Gegenstand der Beweislast einer der Parteien ist, da diese direkt nicht bewiesen werden kann, sondern nur die Tatsachen, aus der die Möglichkeit der Kenntnisnahme geschlossen werden können. Er bezeichnet daher dieses Tatbestandsmerkmal als Gegenstand eines Rechts zum Beweis (*diritto alla prova*). Andere (z.B. Chinè, Contratti di massa, diritto vigente, Enc. dir. Agg. I, S. 416) treffen diese Unterscheidung nicht und sprechen

Beweislastregel des Art. 2697 c.c. Anwendung findet⁶⁸¹. Danach muss derjenige, der sich auf die Anwendung der AGB beruft, das ist in der Regel der Verwender, also Unternehmer, grundsätzlich das Bestehen von AGB, den Vertragsschluss, die Kenntnisnahme bzw. die Mittel, aus der die Möglichkeit der Kenntnisnahme resultiert, beweisen⁶⁸².

Damit wird hier nun die Art der Klauseln relevant, die ansonsten für Verbraucherverträge keine Rolle spielen. Allerdings geht es hier nur um die förmliche Einbeziehung der Klauseln. Trotzdem hat in diesem Fall der Unternehmer - im Gegensatz zum deutschen Recht - die AGB-Eigenschaft bzw. ihr Vorhandensein nachzuweisen. Nach der Rechtsprechung erbringt ein gedrucktes Formular von sich aus den Beweis von AGB, während bei einem *ad hoc* aufgesetzten Vertrag die Beifügung von AGB durch den Unternehmer bewiesen werden muss⁶⁸³.

Für die Kenntnis muss der Unternehmer beweisen, dass der Verbraucher intellektuell in der Lage war, die AGB zu verstehen, und ggf. auch Tatsachen beweisen, von denen auf die Kenntnis des Verbrauchers geschlossen werden kann. Nach der Rechtsprechung kann dem Unternehmer im Einzelfall eine tatsächliche Vermutung (*presunzione semplice*) den Beweis der Kenntnis erleichtern⁶⁸⁴. Hingegen hat er im Hinblick auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme die Mittel nachzuweisen, mit denen er die AGB verbreitet hat und wonach es einem durchschnittlichen Dritten möglich war, von diesen Kenntnis zu nehmen.

b) Die Einbeziehung von einmalig vorformulierten Klauseln

Bei den einmalig vorformulierten Klauseln muss sowohl in Deutschland als auch in Italien der Vertragsschluss auf der Basis dieser Klauseln vom Unternehmer bewiesen werden. Dieser hat das Angebot auf Abschluss eines Vertrages auf der Grundlage der von ihm vorgegebenen Klauseln

weiterhin vom Beweis der Möglichkeit der Kenntnisnahme, auch wenn sie deren direkten Beweis nicht fordern, sondern den Beweis von Tatsachen, die auf diese Möglichkeit schließen lassen.

⁶⁸¹ De Nova, Le condizioni generali di contratto, Trattato Rescigno X, S. 117; Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza, Vol. II, S. 281

⁶⁸² Morello, Condizioni generali di contratto, Digesto III, S. 337; Chinè, Contratti di massa, diritto vigente, Enc. dir. Agg. I, S. 416; Dossetto, Condizioni generali di contratto, Novissimo digesto italiano III, S. 1111

⁶⁸³ Chinè, Contratti di massa, Diritto vigente, Enc. dir. Agg. I, S. 416, Fn. 33

⁶⁸⁴ Chinè, Contratti di massa, Diritto vigente, Enc. dir. Agg. I, S. 416, Fn. 36 mwN

nachzuweisen und die Annahme dieses Angebots durch den Verbraucher. Sofern es sich um einen schriftlichen Vertrag handelt, beweist die Unterschrift des Verbrauchers unter dem Vertrag den Vertragsschluss. Bei einem mündlichen Vertrag ist die Übergabe des Kaufgegenstandes bzw. die Erbringung der Dienstleistung ein Indiz für einen Vertragsschluss.

c) Bewertung

In der Regel ist die Frage der Einbeziehung nicht streitig, so dass die Einbeziehung der AGB vom Unternehmer nicht bewiesen werden braucht. Andernfalls hat der Unternehmer diesen Beweis zu führen, der in Italien durch den Nachweis der AGB umfangreicher ist als in Deutschland. Auch scheint die italienische Rechtsprechung im Gegensatz zur deutschen eher dem Unternehmer durch tatsächliche Vermutungen die Beweisführung zu erleichtern.

4. Inhaltskontrolle

Die Voraussetzungen der Inhaltskontrolle basieren auf Art. 3 der Richtlinie. Es ist bereits ausgeführt worden, dass trotz der Abweichungen im Wortlaut sowohl die deutsche (§ 9 Abs. 1 AGBG) als auch die italienische Fassung (Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c.) einerseits richtlinienkonform sind und andererseits auch untereinander inhaltlich übereinstimmen. Das gilt in diesem Maße nicht für die Klausellisten, da in Deutschland die bestehenden §§ 10 und 11 AGBG unverändert beibehalten wurden, weshalb es teilweise zu Abweichungen kommt.

Die Klausellisten einerseits und die Generalklauseln andererseits stellen unterschiedliche beweisrechtliche Anforderungen an den beweisbelasteten Verbraucher. Anhand der vorstehend erwähnten Beispiele sollen nun die Unterschiede dargestellt werden.

Dabei ist es in Deutschland unerheblich, ob es sich dabei um AGB oder einmalig vorformulierte Klauseln handelt. In Italien sind bei AGB zusätzlich die Formvorschriften des Art. 1341 c.c. zu beachten, da ansonsten die Klauseln bereits aus Formgründen unwirksam sind. Bei den hier

vorgestellten Beispielen müsste nur im Fall a) der Haftungsausschluss gesondert schriftlich vom Verbraucher bestätigt werden.

Sowohl in Deutschland als auch in Italien ist trotz der umgekehrten gesetzlichen Reihenfolge zunächst zu prüfen, ob die streitgegenständliche Klausel nicht in (einer) der Klauselliste aufgeführt ist. Nur falls diese nicht aufgeführt sein sollte, greift dann die Generalklausel ein⁶⁸⁵.

a) Beispiel: Klausel über Haftungsausschluss

Im Fallbeispiel a), in dem der Verbraucher einen Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer wegen einer grob fahrlässigen körperlichen Verletzung aufgrund einer mangelhaft gelieferten Sache geltend macht, sollten die Vertragsbedingungen des Unternehmers einen Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für den Fall des Todes oder Körperverletzung vorsehen. Da sich der Unternehmer auf diese Klausel beruft, kann der Verbraucher, um seinen Schadensersatzanspruch durchsetzen zu können, diese nur durch die Inhaltskontrolle zu Fall bringen.

Die im Beispiel genannte Klausel ist im Anhang der Richtlinie unter lit. a) enthalten und findet sich auch in der Klauselliste in Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. als auch ähnlich in § 11 Nr. 7 AGBG.

§ 11 Nr. 7 AGBG gilt für jede Art von Schaden, gleichgültig, ob dieser unmittelbar oder mittelbar durch die Vertragsverletzung entstanden ist⁶⁸⁶. § 11 Nr. 7 AGBG gilt neben den ausdrücklich erwähnten vertraglichen Ansprüchen auch entsprechend für die Haftung aus unerlaubter Handlung⁶⁸⁷. Auch wenn § 11 Nr. 7 AGBG im Gegensatz zu Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c., der aus der Richtlinie übernommen wurde, nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz gilt und so hinter der Richtlinie zurückbleibt, ist das deutsche Gesetz trotzdem richtlinienkonform. Die fehlende Regelung für leichte Fahrlässigkeit in § 11 Nr. 7 AGBG wird durch eine richtlinienkonforme Auslegung von § 9 AGBG sichergestellt⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Locher, S. 140, der in Bezug auf § 9 AGBG von einer Auffangvorschrift spricht.

⁶⁸⁶ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 11 Nr. 7 AGBG, Rn. 19

⁶⁸⁷ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 11 Nr. 7 AGBG, Rn. 12

⁶⁸⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Anh. Nr. 1 a RiLi, Rn. 14

Die Regelung in § 11 AGBG gehört zu denjenigen, die kraft gesetzgeberischer Wertung generell und ohne weitere inhaltliche Prüfung als absolut unwirksam anzusehen sind⁶⁸⁹. Wer sich auf die Unwirksamkeit einer Klausel beruft, muss daher entsprechend der Grundregel der Beweislast die Unwirksamkeitsvoraussetzungen darlegen und ggf. beweisen⁶⁹⁰. Das ist normalerweise der Verbraucher.

Die Frage der Beweislast spielt allerdings bei § 11 AGBG so gut wie keine Rolle, da nur der Wortlaut der Klausel bekannt ist und mit § 11 Nr. 7 AGBG lediglich verglichen werden muss. Auslegungsprobleme in Bezug auf den Wortlaut bestehen in diesem Fall nur selten.

Schließt also die Klausel wie im Beispiel a) die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz aus, so ist sie wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 7 AGBG unwirksam. Der Verbraucher muss nichts anderes tun, als auf den Wortlaut der Klausel hinzuweisen. Der Beweis ist somit ohne weiteres und problemlos erbracht. Das Gericht stellt dann den Verstoß gegen § 11 Nr. 7 AGBG und damit die Unwirksamkeit der Klausel von Amts wegen fest.

In Italien wird, wie bereits ausgeführt, nicht die Unwirksamkeit der in der Liste unter Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. aufgeführten Klauseln angenommen, sondern nach dem Wortlaut der Vorschrift lediglich bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass diese Klauseln missbräuchlich sind.

Obwohl der Wortlaut der Vorschrift eindeutig erscheint, ist in der italienischen Literatur jedoch streitig, ob es sich in der Tat dem Wortlaut der Vorschrift entsprechend um eine gesetzliche Vermutung (*presunzione iuris tantum*) handelt⁶⁹¹, oder ob nicht eine besondere Beweislastregelung vorliegt, die eine Umkehr der Beweislast in Bezug auf die Missbräuchlichkeit zur Folge hat⁶⁹².

Obwohl die Vertreter der ersten Ansicht unstreitig den klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes auf ihrer Seite haben, ist die Gegenansicht der Auffassung, dass es sich hier nicht um eine *presunzione*

⁶⁸⁹ BT-Drucksache 7/3919, S. 24

⁶⁹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vor §§ 10, 11 AGBG, Rn. 13 und § 11 Nr. 7 AGBG, Rn. 26

⁶⁹¹ u. a. Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 3; Patti, Jahrbuch für italienisches Recht, Bd. 10, S. 77, 84; Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 440; Lener, Il foro italiano 1996, 145, 148; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*bis* c.c., Anm. III, Rn. 1

iuris tantum handele, da es zum einen an einer tatbestandsfremden Vermutungsbasis, zum anderen an einer besonderen Rechtsfolge im Fall des nicht erbrachten Beweises des Gegenteils fehle⁶⁹³. Auch eine voraussetzungslose Vermutung wird wegen letzterem ausgeschlossen. Grund hierfür ist, dass diese Ansicht davon ausgeht, dass die in Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. aufgeführten Klauseln von vornherein und aus sich heraus missbräuchlich sind, so dass eine Vermutung der Missbräuchlichkeit gar nicht möglich ist. Damit habe die Regelung nur noch Auswirkung auf die Verteilung der Beweislast, die diese in Abweichung von Art. 2697 c.c. verteilt⁶⁹⁴.

Aufgrund der Tatsache, dass diese Ansicht Art. 1469-bis c.c. als „schwarze Liste“ versteht, und die dort aufgeführten Klauseln *per se* als missbräuchlich ansieht, sofern eine solche Klausel nicht im Zusammenspiel mit den restlichen Vertragsklauseln ihre bereits festgestellte Missbräuchlichkeit wieder verliert, übersieht dieselbe, dass die Klauseln bzw. ihre Tatbestandsvoraussetzungen die Vermutungsbasis darstellen können. Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. mit seinen Anwendungsbeispielen ist parallel zu der Generalklausel des Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. zu lesen, wie die Gegenansicht auch ganz richtig ausführt.⁶⁹⁵ Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel sind anstelle der Voraussetzungen der Generalklausel (erhebliches Missverhältnis entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben) bei Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. die Voraussetzungen der aufgeführten Klauseln darzulegen und zu beweisen. Im Verhältnis zum Tatbestand der Generalklausel gesehen, sind die Voraussetzungen der Klauseln in Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. tatbestandsfremde Tatsachen, von denen auf das Tatbestandsmerkmal der Missbräuchlichkeit in Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. geschlossen werden kann. Dies setzt allerdings voraus, dass die in der Liste aufgeführten Klauseln nicht von vornherein und aus sich heraus als missbräuchlich und damit unwirksam anzusehen sind. Denn nur bei erforderlichem Nachweis der Missbräuchlichkeit kann die

⁶⁹² Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-bis, S. 123 ff., insbesondere S. 124

⁶⁹³ Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-bis, S. 124 f.

⁶⁹⁴ Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-bis, S. 123, 125

⁶⁹⁵ Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 440

Vermutungswirkung eintreten⁶⁹⁶. Die Schaffung einer solchen Vermutung scheint auch die Intention des italienischen Gesetzgebers in Anlehnung an die in der Richtlinie als Hinweis dienenden Klauseln gewesen zu sein, die für missbräuchlich erklärt werden können (Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie), aber nicht zwingend missbräuchlich sein müssen.

Für den Verbraucher bedeutet dies, dass nur die Tatbestandsmerkmale der in Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. aufgeführten Klauseln nachzuweisen sind, wobei zu bemerken ist, dass in der Regel, wie bei § 11 AGBG, der Verweis auf die Vertragsklausel ausreichen wird.

Der Beweis des Gegenteils, der durch den Unternehmer anders als bei § 11 AGBG geführt werden kann und für den Verbraucher im Falle des Erfolgs eine Entscheidung zugunsten des Unternehmers bedeutet, kann nach der Vermutungslehre nur dadurch geführt werden, dass der Unternehmer die vermutete Tatsache widerlegt. Das bedeutet zunächst, dass er darlegen und beweisen muss, dass die Klausel deshalb nicht missbräuchlich ist, weil kein erhebliches Missverhältnis entgegen dem Gebot von Treu und Glauben besteht. Nach der oben aufgeführten Ansicht wäre dieser Schritt vor der Prüfung von Art. 1469-*ter* Abs. 3 und 4 c.c. durchzuführen, wie auch vom Gesetzesaufbau vorgesehen.

An dieser Stelle soll nur darauf hingewiesen werden, dass es in der Praxis jedoch durchaus üblich ist, dass die Parteien in ihren Schriftsätzen, genau wie das Gericht bei seiner Urteilsfindung, die jeweils wichtigsten Gründe zuerst behandeln, um so zielorientiert und möglichst effektiv zu arbeiten. Deshalb könnte der Unternehmer im Prozess auch statt den Beweis des Gegenteils zu erbringen auf die Ausschlussgründe des Art. 1469-*ter* Abs. 3 und 4 c.c. abstellen, da diese die ohne Beweis des Gegenteils eintretende

⁶⁹⁶ Als problematisch in diesem Zusammenhang wird erachtet, dass das italienische Zivilgesetzbuch einige der in der Liste aufgeführten Klauseln aufgrund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zum Vertragsrecht als nichtig ansieht. Ein Beispiel ist Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1, wonach die Missbräuchlichkeit bei Ausschluss oder Beschränkung der Haftung bei Tod oder Körperverletzung des Verbrauchers durch Unterlassung des Unternehmers vermutet wird. Die allgemeine Bestimmung des Art. 1229 c.c. ordnet die Nichtigkeit für alle Klauseln an, mit denen der Schuldner die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausschließt. Allerdings kann hier festgestellt werden, dass der Anwendungsbereich der beiden Bestimmungen sich nicht vollkommen deckt. Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. betrifft den Ausschluss jeglicher Haftung beschränkt auf Körperverletzung und Tod des Verbrauchers, während Art. 1229 c.c. einen auf Vorsatz und Fahrlässigkeit beschränkten Haftungsausschluss jedoch für alle Schäden vorsieht. Die Ansicht, die Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. als überflüssig ansieht (Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quiquies* c.c., Anm. II, Rn. 2), ist daher verfehlt. Vielmehr ist trotz der Berührungspunkte beider Vorschriften bei Verbraucherverträgen aufgrund Spezialität Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. anzuwenden.

Vermutungswirkung von Gesetzes wegen wieder aufheben⁶⁹⁷. Art. 1469-ter Abs. 3 und 4 c.c. soll jedoch gesondert betrachtet werden (s. u.).

Der Beweis des Gegenteils wird vor allem dann für den Unternehmer nicht besonders einfach zu führen sein, wenn es sich um von ihm selbst aufgestellte AGB handelt, die ihn begünstigen. Der Verweis auf die übrigen Klauseln des Vertrages bzw. die Umstände des Vertragsschlusses sind in diesem Fall für den Unternehmer fast die einzigen Möglichkeiten, die Vermutung der Missbräuchlichkeit zu entkräften.

Im Vergleich der deutschen und italienischen Regelung kann festgestellt werden, dass aufgrund der von Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. dem Unternehmer gewährten Möglichkeit, die Vermutung durch den Beweis des Gegenteils zu entkräften, die schwarze Liste des § 11 AGBG im Ergebnis einen höheren Verbraucherschutz gewährt.

b) Beispiel: Klausel über Änderungsvorbehalt

Bei der Klausel über den Änderungsvorbehalt im Fallbeispiel b) handelt es sich um eine Klausel im Sinne von Art. 1469-bis Abs. 3 Nr. 11 c.c., so dass das vorstehend Gesagte für das italienische Recht im Prinzip auch hier gilt. Die Besonderheit bei Art. 1469-bis Abs. 3 Nr. 11 c.c. ist jedoch, dass die Vermutung der Missbräuchlichkeit nicht eingreift, wenn ein berechtigter Grund für die Änderung im Vertrag angegeben ist⁶⁹⁸. Neben der formalen Voraussetzung, der ausdrücklichen Angabe im Vertrag, muss auch ein materieller Rechtfertigungsgrund gegeben sein. Ein solcher könnte angenommen werden, wenn die ursprünglich vereinbarten Eigenschaften einer Sache zu einem Mangel der Sache führen oder für den Verbraucher gefährlich werden können⁶⁹⁹.

Hingegen handelt es sich nach deutschem Recht um eine Klausel nach § 10 Nr. 4 AGBG. Auch § 10 AGBG sieht wie § 11 AGBG Klauseln vor, die den

⁶⁹⁷ Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1009; Morello, *Il notariato* 1996, 285, 294

⁶⁹⁸ Kritisch hierzu Coluzzi, in *Alpa/Patti*, S. 311 f., die auf die Rechtsunsicherheit hinweist, die dadurch resultiert, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des „wichtigen Grundes“ kein konkretes Rechtskonzept in sich birgt, sondern für viele verschiedene Interpretationen offen ist, ohne jedoch konkret auf Beispiele einzugehen...

⁶⁹⁹ Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 423, der drauf hinweist, dass in diesen Fällen der Unternehmer auch ohne entsprechende Klausel zur Vertragsänderung verpflichtet ist, um nicht vertragsbrüchig zu werden. Allerdings habe er den Verbraucher vorher auf diese Änderung ausdrücklich hinzuweisen, was bei Art. 1469-bis Abs. 3 Nr. 11 c.c. nicht der Fall ist.

Verbraucher benachteiligen. Anders als § 11 AGBG stellt § 10 AGBG jedoch keine schwarze Liste dar, sondern verlangt für den Einzelfall die Feststellung der Unwirksamkeit im Wege einer Interessenabwägung. Grundlage für diese Interessenabwägung sind die in den einzelnen Bestimmungen von § 10 AGBG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe. Als Wertmaßstab dient § 9 Abs. 1 AGBG. Auch wenn in den Fällen des § 10 AGBG eine Benachteiligung im Einzelfall anzunehmen ist, stellt die Vorschrift jedoch keine Vermutung der Unwirksamkeit dieser Klauseln auf⁷⁰⁰.

Wie bei § 11 AGBG muss der Verbraucher grundsätzlich auch bei § 10 AGBG die Voraussetzungen der Klauseln darlegen und beweisen. Ein bloßer Verweis auf die Vertragsklausel wie bei § 11 AGBG kann hier u. U. nicht ausreichen, wenn auch die Tatsachenvoraussetzungen für die jeweiligen Wertungen von Seiten des Verbrauchers darzulegen und zu beweisen sind⁷⁰¹.

Unbestimmter Rechtsbegriff und damit Wertungsgrundlage bei § 10 Nr. 4 AGBG ist die Zumutbarkeit der Änderung. Hierbei besteht jedoch die Besonderheit, dass der Gesetzgeber dieses Wertungskriterium nicht als anspruchsbegründendes, sondern als rechtshinderndes ausformuliert hat. Von einer Unwirksamkeitsvermutung⁷⁰² kann keine Rede sein. Dies ergibt sich eindeutig aus der sprachlichen Fassung der Vorschrift. Zum einen verwendet diese den Terminus „vermuten“ nicht, zum anderen ist diese gerade durch die „wenn nicht“-Wendung ein klassisches Beispiel für ein rechtshinderndes Merkmal. Auch würde es für eine gesetzliche Vermutung an der erforderlichen Vermutungsbasis fehlen.

Damit muss bei § 10 Nr. 4 AGBG der Verbraucher, wie bei § 11 AGBG, nur auf die Vertragsklausel verweisen, während der Unternehmer die Zumutbarkeit der Änderung darlegen und beweisen muss, wenn seine Klausel wirksam bestehen bleiben soll. Dabei muss er im Rahmen einer typischen Betrachtungsweise darlegen und beweisen, dass sowohl den

⁷⁰⁰ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 11 f.; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vor §§ 10, 11 AGBG, Rn. 13

⁷⁰¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 10 Nr. 4 AGBG, Rn. 19 und Vor §§ 10, 11 AGBG, Rn. 13

Interessen des Verbrauchers als auch seinen eigenen erheblichen Interessen Rechnung getragen wird. Es muss aufgrund der Abwägung der Vor- und Nachteile einer geänderten Lieferung gegenüber der ursprünglichen und den Interessen des Unternehmers ein generell anerkanntes Änderungsbedürfnis bestehen⁷⁰³. Grundsätzlich ist das Interesse des Unternehmers nur beachtlich, wenn die Änderung unvermeidlich ist oder für den Verbraucher eine Verbesserung darstellt⁷⁰⁴. Die Rechtsprechung sieht auch geringfügige und handelsübliche Änderungen als zulässig an⁷⁰⁵.

Danach würden z.B. beim Kauf eines Möbelstückes solche Abweichungen des Holztones als geringfügig bzw. handelsüblich angesehen, die der Verbraucher bei einer entsprechenden Klausel, die geringfügige Farbänderungen bei Hölzern vorbehält, hinzunehmen hätte, da eine solche Klausel aufgrund der Zumutbarkeit wirksam wäre. Anders hingegen ist eine Klausel, die Abweichungen des Farbtones des Möbelstückes generell vorbehält. Bei Lieferung eines andersfarbigen Möbelstückes als des bestellten liegt eine für den Verbraucher unzumutbare Änderung vor, so dass eine solche Klausel unwirksam ist⁷⁰⁶.

Im Unterschied zu Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 11 c.c. wird nach deutschem Recht nicht verlangt, dass der Grund für die Zumutbarkeit der Änderung im Vertrag genannt wird. Auch ist nach dem deutschen Wortlaut („Zumutbarkeit“) im Gegensatz zu den vom italienischen Recht verlangten berechtigten Gründen wohl davon auszugehen, dass das deutsche Recht eher eine Änderung zulässt als das italienische. In Bezug auf die Beweisführung ist für den Verbraucher der Beweis jeweils einfach zu führen. Nun obliegt es sowohl nach deutschem als auch nach italienischem Recht dem Unternehmer, den vollen Nachweis für die Aufrechterhaltung seiner Klausel zu führen. Während in Deutschland hierfür die Zumutbarkeit der einzelnen Klausel entscheidend ist, kommt es in Italien zum einen auf den

⁷⁰² So Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 10 Nr. 4 AGBG, Rn. 9; hingegen geht Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 8. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 12 von einem rechtshindernden Merkmal aus.

⁷⁰³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 10 Nr. 4 AGBG, Rn. 14

⁷⁰⁴ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 10 Nr. 4 AGBG, Rn. 9; weitergehender Locher, S. 131f., der die Zumutbarkeit bereits annimmt, wenn der Kunde „billigerweise mit einer Änderung rechnen muss“ und dabei ein erhebliches Interesse des Verwenders besteht oder diese Änderung rechtlich und technisch erforderlich ist und ein Kunde die Änderung billigen würde. Deshalb können nicht nur Besserstellungen, sondern auch Schlechterstellungen für den Kunden zumutbar sein.

⁷⁰⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 10 Nr. 4 AGBG, Rn. 17

berechtigten Grund, zum anderen, wie sonst auch, auf das Nichtvorliegen eines erheblichen Missverhältnisses entgegen Treu und Glauben an, wobei nicht nur auf die Klausel allein, sondern auch auf den Zusammenhang mit den anderen Klauseln abgestellt werden kann. Insofern stehen dem Unternehmer nach italienischem Recht im Prinzip mehr Möglichkeiten offen, die Wirksamkeit seiner Klausel unter Beweis zu stellen.

c) Beispiel: Klausel über erfolgsunabhängige Maklerprovision

Die im Fallbeispiel c) aufgeführte Klausel über eine erfolgsunabhängige Maklerprovision ist weder in der Liste des Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c.⁷⁰⁷, noch in §§ 10, 11 AGBG aufgeführt, so dass diese anhand der Generalklauseln zu bewerten ist.

Die Generalklausel des § 9 AGBG enthält anders als Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. nicht nur in § 9 Abs. 1 AGBG den abstrakten Grundmaßstab für die Inhaltskontrolle, sondern auch in § 9 Abs. 2 AGBG zwei sich auf das Tatbestandsmerkmal unangemessene Benachteiligung des § 9 Abs. 1 AGBG beziehende Konkretisierungstatbestände.. Danach liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn eine mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbare AGB vorliegt (Nr. 1) und/oder hieraus eine Vertragszweckgefährdung folgt (Nr. 2). Nach dem Wortlaut des Gesetzes reicht die Erfüllung einer Variante aus, um eine unangemessene Benachteiligung annehmen zu können. Jedoch greifen die beiden Tatbestände so ineinander, dass sie auch nebeneinander angewendet werden können⁷⁰⁸. Die Rechtsprechung differenziert oftmals gar nicht genau, da meistens beide Tatbestände erfüllt sind⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Vgl. zu einer (wirksamen) AGB eines Möbelhändlers BGH, NJW 1987, 1886 f.

⁷⁰⁷ Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 4 c.c. (entspricht im Klauselanhang der Richtlinie Nr. 1 lit. c) ist hier nicht einschlägig, weil bei dieser Klausel die Erfüllung der Leistung des Unternehmers einer Bedingung untersteht, deren Eintritt allein von Willen des Unternehmers abhängt bzw. er sich jederzeit im Gegensatz vom Verbraucher von seiner vertraglichen Verpflichtung lösen kann, vgl. Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Anhang, Rn. 27. Die erfolgsunabhängige Provision des Maklers soll im Beispielsfall aber nicht vom Willen des Maklers abhängen, tätig zu werden, sondern davon, dass er zwar den Verbraucher potentielle Interessenten nennt, die Provision aber auch dann fällig wird, wenn entweder diese den Hauptvertrag (Erfolg) nicht abschließen, weil der Verbraucher nicht möchte oder wie im Fall c) der Vertragsschluss ohne kausale Mitwirkung des Maklers zustande kam.

⁷⁰⁸ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 130

⁷⁰⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 62; BGH NJW 1988, 2664 f.

Umstritten ist die rechtliche Einordnung dieser Konkretisierungsalternativen, die auch Auswirkung auf das Beweisrecht hat. Die eine Ansicht geht bei den Tatbeständen von Nr. 1 und 2 von einer widerlegbaren Tatsachenvermutungen für das Tatbestandsmerkmal der unangemessenen Benachteiligung aus⁷¹⁰. Der Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben muss dabei nicht mehr gesondert geprüft werden, da dieser von der Vermutungswirkung ebenfalls umfasst wird⁷¹¹. Allerdings wird dadurch nur allgemein und nicht für den konkreten Einzelfall bewiesen, dass der Nachteil eingetreten ist. Anders als der Verbraucherverband im Verbandsklageverfahren, der sich allein auf die Vermutung berufen kann, muss der Verbraucher im Individualverfahren zusätzlich darlegen und beweisen, dass der unangemessene Nachteil bei ihm eingetreten ist⁷¹². Sind die Voraussetzungen der Vermutung gegeben, so tritt die Vermutungswirkung ein, wenn der Unternehmer nicht den Beweis des Gegenteils führen kann, indem er darlegt und beweist, dass weder ein Verstoß gegen Treu und Glauben, noch eine unangemessene Benachteiligung durch eine ausreichende Kompensation aufgrund anderer Klauseln oder aber ein überwiegendes Interesse des Unternehmers besteht.

Die Gegenansicht qualifiziert die Konkretisierungstatbestände des § 9 Abs. 2 AGBG als Regelbeispiele⁷¹³. Sofern eines oder beide erfüllt sind, liegt eine unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben vor. Insofern unterscheiden sich die beiden Ansichten nicht. Bezüglich beweisrechtlicher Aspekte geht sie davon aus, dass es sich bei der Frage der Unwirksamkeit der Klausel um eine Rechtsfrage handelt, die bloß der Darlegung verlange. Das Gesetz habe die Darlegungslast so austariert, dass der Verbraucher die Voraussetzungen von § 9 Abs. 2 AGBG lediglich darlegen müsse und danach der Unternehmer darlegen könne, dass eine unangemessene Benachteiligung gerade nicht vorliegt. Bezüglich der für die Rechtsfrage entscheidenden Tatsachen erübrige sich in der Regel eine Beweisführung, da jene sich aus dem unstreitigen Sachverhalt ergeben

⁷¹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 57

⁷¹¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 59

⁷¹² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 59

würden. Fehlender Sachvortrag wirke sich jedenfalls zuungunsten der Partei aus, die sich auf die Unwirksamkeit beruft⁷¹⁴.

Bei Regelbeispielen ist normalerweise davon auszugehen, dass es sich um einen konkreten Anwendungsfall eines Tatbestandes handelt. Liegt dieser Fall vor, ist der Tatbestand erfüllt und die Rechtsfolge tritt ein. Das würde unter beweisrechtlichen Aspekten bedeuten, dass der Verbraucher die Voraussetzungen darlegen und beweisen muss, damit das Gericht die Klausel für unwirksam erklärt. Der Unternehmer müsste in diesem Fall, um eine solche Entscheidung des Gerichts abzuwenden, nur die Überzeugung des Gerichts im Wege des Gegenbeweises erschüttern, und nicht wie bei der Vermutung einen Hauptbeweis führen.

Gegen Regelbeispiele spricht hier zum einen der Wortlaut von § 9 Abs. 2 AGBG, da der Gesetzgeber diese Fälle nur „im Zweifel“ als unangemessene Benachteiligung ansieht. Dieser Wortlaut spricht vielmehr für eine Vermutung. Weiter ist problematisch, dass die sog. Regelbeispiele selbst unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Bei der Beurteilung der Frage, ob diese unbestimmten Rechtsbegriffe erfüllt sind, handelt es sich in der Tat um eine Rechtsfrage. Trotzdem dürfen die tatsächlichen Voraussetzungen darüber nicht vernachlässigt werden, auch wenn sie in vielen Fällen unstreitig sein mögen. Nicht nachvollziehbar ist auch die von dieser Ansicht ausgeführte gesetzliche Austarierung der Darlegungslast, die jedenfalls in der von dieser Ansicht vermittelten Deutlichkeit in § 9 Abs. 2 AGBG nicht zu erkennen ist. Von dieser Verteilung der Darlegungs- und aber auch Beweislast, wie diese Ansicht sie fordert, kann in dem Maße jedoch nur ausgegangen werden, wenn es sich hierbei um eine gesetzliche Vermutung handelt. Eine solche liegt auch vor, da die beiden Tatbestände in § 9 Abs. 2 AGBG die jeweiligen Vermutungsbasen sind, von denen aus auf die unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben geschlossen werden kann.

⁷¹³ Locher, S. 145; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 129; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 18, spricht zwar zunächst von gesetzlichen Regelbeispielen, im nächsten Satz jedoch von Vermutungen..

⁷¹⁴ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 162

Die Klausel im Fallbeispiel c) über die erfolgsunabhängige Maklerprovision erfüllt den Tatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Diese Regelung steht im Widerspruch zu § 652 BGB, der ausdrücklich dem Makler eine Provision nur im Erfolgsfalle gewährt (wesentlicher Grundgedanke des Maklerrechts ist die erfolgababhängige Bezahlung als (in AGB) nichtabdingbares Gerechtigkeitsgebot). Hier ist es in der Tat für den Verbraucher einfach, da er nur die Vertragsklausel vorlegen und kurz den gesetzlichen Widerspruch darlegen muss, damit die Vermutung eingreift. Der Nachweis, dass gerade er benachteiligt wird, ist ebenfalls leicht zu führen, da der Verbraucher der Schuldner der Provision ist.

Greifen die Vermutungstatbestände des § 9 Abs. 2 AGBG in diesem Fall nicht ein, so ist die Klausel anhand von § 9 Abs. 1 AGBG zu prüfen. In diesem Fall muss der Verbraucher die für diese Rechtsausführungen erforderlichen Tatsachen darlegen und beweisen, wonach diese Klausel eine unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben darstellt. Für den Verbraucher ist die Darlegungslast u. U. erheblich höher, da er im Rahmen einer Interessenabwägung ausführen muss, dass der Unternehmer seine Interessen auf Kosten des Verbrauchers durchsetzen will, ohne dessen Interessen zu berücksichtigen oder einen Interessenausgleich zu schaffen⁷¹⁵. Maßstab für die Abwägung ist das Gebot von Treu und Glauben. Eine unangemessene Benachteiligung kann u. a. ein Verstoß gegen das Transparenzgebot oder eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende vertragliche Regelung mit erheblichen Nachteilen für den Verbraucher sein⁷¹⁶.

Die Klausel über eine erfolgsunabhängige Provision des Maklers schützt einseitig die finanziellen Interessen des Maklers, ohne dass der Verbraucher die hierfür erforderliche Leistung des Maklers (erfolgreiche Vermittlung) erhält. Hintergedanke einer erfolgsunabhängigen Provision ist nämlich der Ausgleich von finanziellen und zeitlichen Aufwendungen des Maklers, die er sonst nicht bzw. nicht in diesem Maße erhalten würde⁷¹⁷. Dadurch besteht

⁷¹⁵ z. B. BGH NJW 1993, 2738 f. mwN

⁷¹⁶ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 8, 15

⁷¹⁷ Sofern ausdrücklich vereinbart, erhält der Makler seine Auslagen auch bei Nichterfolg ersetzt (§ 652 Abs. 2 BGB). Diese Aufwendungsersatzungen sind jedoch vom Provisionsanspruch zu unterscheiden.

ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglicher und gesetzlicher Regelung, welches die Unwirksamkeit der Klausel rechtfertigt.

Sowohl bei § 9 Abs. 1 AGBG als auch bei § 9 Abs. 2 AGBG sind bei Verbraucherverträgen nach § 24 a Nr. 3 AGBG die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Die Beweislast für die entsprechenden Tatsachen liegt dabei bei demjenigen, der sich darauf beruft⁷¹⁸.

Im italienischen Recht bemisst sich die Klausel allein nach der Generalklausel des Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. Auch hier ist es Aufgabe des Verbrauchers das erhebliche Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zu Lasten des Verbrauchers entgegen dem Gebot von Treu und Glauben darzulegen und die für die Darlegung erforderlichen Tatsachen zu beweisen. Folgt man der Ansicht der italienischen Literatur, welche die Generalklausel im Sinne von § 9 AGBG interpretiert, so kann auf diese Ausführungen verwiesen werden. Dies gilt auch für die Bewertungskriterien nach Art. 1469-*ter* Abs. 1 c.c., deren zugrunde liegende Tatsachen entsprechend § 24 a Nr. 3 AGBG jeweils von derjenigen Partei zu beweisen sind, die sich auf die ihr günstigen Umstände beruft⁷¹⁹.

Während in Deutschland nach ständiger Rechtsprechung erfolgsunabhängige Provisionsklauseln in Form von AGB in Maklerverträgen als unwirksam angesehen werden, ist hierzu in Italien im Rahmen der neuen Regelung über Verbraucherverträge noch kein Urteil ergangen. Da aber Art. 1755 c.c. mit § 652 BGB vergleichbar ist, und diese Regelung vom Gesetzgeber anders als in einigen Urteilen der Rechtsprechung als nicht dispositiv angesehen wird, kann man auch in Italien bezüglich einer derartigen Klausel zu dem Ergebnis kommen, dass sie als AGB den Verbraucher benachteiligt und daher unwirksam ist.

Die andere, hier abgelehnte Ansicht in der italienischen Literatur⁷²⁰, die *buona fede* eine eigenständige Bedeutung beimisst, macht den Vorschlag, dass der Verbraucher nur das erhebliche Ungleichgewicht der Rechte und

⁷¹⁸ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 181

⁷¹⁹ Alpa/Patti/Azzaro, Art. 1469-*ter*, S. 519 f.

⁷²⁰ Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 5

Pflichten des Vertrages beweisen müsste, woraus dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben vermutet werden soll. Folge wäre, dass dann, wie bei den Vermutungen nach Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c., dem Unternehmer der Beweis des Gegenteils obliegen würde, dass die Klausel nicht missbräuchlich ist. Eine solche Vermutung zugunsten des Verbrauchers kann von dieser Ansicht überhaupt nur deshalb erwogen werden, da sie von zwei getrennten Kriterien für die Missbräuchlichkeit *buona fede* und *significativo squilibrio* ausgeht. Die Vermutung soll eine gesetzlich nicht vorgesehenen *presunzione iuris tantum* sein, die im Wege der Auslegung geschaffen werden müsste, was schon Bedenken hervorruft. Tatbestandsfremde Vermutungsbasis soll dann das eine Tatbestandsmerkmal *significativo squilibrio* sein, von welchem auf *buona fede* geschlossen werden könne bzw. bei Vorliegen des ersten soll auch das zweite Tatbestandsmerkmal bestehen. Diese Ansicht steht im Widerspruch zu der Lehre der gesetzlichen Vermutungen. Auch eine sog. voraussetzungslose Vermutung, die hier eher in Betracht kommen könnte, ist vom Wortlaut des Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c. nicht gedeckt und auch im Übrigen, wie z.B. in der Richtlinie, bestehen keine Anhaltspunkte für eine solche Vermutung. Ebenso auszuschließen ist auch eine Beweislastsonderregel, die einen entsprechenden Wortlaut des Gesetzes verlangt. Auch wenn eine solche Hilfestellung für den Verbraucher vielleicht wünschenswert ist, könnte diese allenfalls in Form einer tatsächlichen Vermutung gewährt werden, indem bei einem gravierenden vertraglichen Ungleichgewicht auf das unfaire Verhalten des Unternehmers geschlossen würde.

Abschließend kann damit gesagt werden, dass die Idee der Anwendung einer Vermutung im Rahmen von § 9 AGBG bzw. Art. 1469-*bis* Abs. 1 c.c., wie soeben für anhand der einen italienischen Ansicht dargestellt, auszuschließen ist, da beide Regelungen von einer Interessenabwägung anhand objektiver Maßstäbe ausgehen und es sich somit um eine Rechtsfrage handelt.

d) Bewertung

Der Unterschied zwischen den Regelungen beider Länder besteht im Ergebnis insoweit, dass die italienische Regelung der Inhaltskontrolle nur aus einer Generalklausel besteht, die durch die Vermutung des Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. ergänzt wird, während im deutschen AGBG neben der Generalklausel in § 9 Abs. 1 AGBG, die ebenfalls durch die Vermutung in § 9 Abs. 2 AGBG ergänzt wird, noch zusätzlich die eigenständigen Tatbestände der Klausellisten in §§ 10 und 11 AGBG hinzukommen. Dadurch werden dem beweisbelasteten Verbraucher in Deutschland mehr „Hilfestellungen“ vom Gesetz angeboten, seiner Darlegungs- und Beweislast nachzukommen. Die Anforderungen an den Verbraucher bei der Beweisführung sind bei den Klausellisten und den Vermutungen in beiden Ländern im Prinzip gleich, was auch für die Generalklauseln gilt. Nachdem in der deutschen Praxis fast zwei Drittel der Entscheidungen (dies gilt für alle Anwendungsfälle des AGBG) auf der Grundlage von § 9 AGBG entschieden werden⁷²¹, wird wohl auch in Italien der Generalklausel eine große Bedeutung zukommen. Dies bleibt jedoch abzuwarten. Für die Missbräuchlichkeit einer Klausel im Sinne der Generalklausel sind jedoch weniger beweisrechtliche Fragen relevant als die Darlegung der Missbräuchlichkeit durch die Parteien und deren Beurteilung durch das Gericht.

5. Nicht missbräuchliche Klauseln nach italienischem Recht

Während in Deutschland die Prüfung durch das Gericht mit der Inhaltskontrolle abgeschlossen wird, muss nun nach italienischem Recht, wie bereits oben dargelegt, geprüft werden, ob nicht einer der gesetzlichen Ausschlussgründe nach Art. 1469-*ter* Abs. 3 und 4 c.c. eingreift. Erst dann kann durch das Gericht entschieden werden, ob eine Klausel unwirksam ist oder nicht.

⁷²¹ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 1

a) Art. 1469-ter Abs. 3 c.c.

Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. ist in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie aufgestellt worden. Während die Richtlinie die Anwendung ihrer Regelungen von vornherein auf bindende Rechtsvorschriften sowie auf in der EG oder den Mitgliedstaaten geltende Bestimmungen und Grundsätze internationaler Übereinkommen ausschließt, sind nach dem italienischen Umsetzungsgesetz Klauseln nicht missbräuchlich, die Gesetzesbestimmungen wiedergeben oder Bestimmungen und Prinzipien internationaler Übereinkommen umsetzen, denen alle Mitgliedstaaten oder die EU beigetreten sind⁷²².

Umstritten ist, wie der gesetzliche Ausschlussgrund der deklaratorischen Klauseln beweisrechtlich zu bewerten ist. Sofern man überhaupt hierzu Äußerungen findet, die sich nicht auf die Bezeichnung als *elemento negativo* beschränken⁷²³, geht eine Ansicht von einem rechtshindernden Merkmal aus⁷²⁴, während eine andere ohne nähere Begründung eine unwiderlegbare Vermutung annimmt⁷²⁵.

Für die beweisrechtliche Beurteilung der Norm neben dem Wortlaut auch ihre Zielrichtung im Gesamtgefüge der Normen über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen zu berücksichtigen. Denn aus dem Wortlaut von Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. allein lässt es sich nicht ermesen, ob es sich um eine anspruchsbegründende, rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache im Sinne von Art. 2697 c.c. handelt.

Anspruchsbegründende Tatsachen sind die Voraussetzungen des Art. 1469-bis c.c., der die Missbräuchlichkeit der Klausel zur Folge hat. Diese Rechtsfolge wird – streng genommen – nach ihrem Eintreten durch Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. wieder aufgehoben. Oben wurde bereits gesagt, dass eine Prüfung der Missbräuchlichkeit in der Praxis unterbleiben wird, wenn sofort aus dieser Norm die fehlende Missbräuchlichkeit festgestellt werden

⁷²² Der Ansicht von Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 583, der in Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. einen Beschränkung des objektiven Anwendungsbereichs, in dem die Inhaltskontrolle vollzogen wird, aufgrund der vorstehend in Teil 3 gemachten Ausführungen nicht gefolgt werden. Eine solche, § 8 AGBG entsprechende Norm, stellt Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. aufgrund seines Wortlautes und seiner systematischen Stellung im Gesetz nicht dar.

⁷²³ Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 442; Faillace, *Contratto e Impresa* 1996, 359, 373; Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 250, 257

⁷²⁴ Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 7

kann. Aufgrund der von Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. ausgelösten Gegenwirkung kann man die Voraussetzungen von Art. 1469-ter c.c. als rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen ansehen.

Eine unwiderlegbare Vermutung, wie von der anderen Ansicht vertreten wird⁷²⁶, erscheint technisch bereits ausgeschlossen, da Schlussfolge einer Vermutung nicht die Rechtsfolge des eigenen Tatbestandes sein kann, sondern nur eine Tatsache des Tatbestandes auf die von einer tatbestandsfremden Tatsache geschlossen wird. Da der Tatbestand als einzige Voraussetzung für die Nichtmissbräuchlichkeit nur eine deklaratorische Norm enthält, fehlt es hier entweder an einer tatbestandsfremden Tatsache oder an der vermuteten Tatsache. Mit gleichem Argument lässt sich auch die voraussetzungslose Vermutung ausschließen. Die Ansicht der *presunzione assoluta di non vessatorietà* (unwiderlegbaren Vermutung) ist daher abzulehnen.

Überzeugender ist die Ansicht, nach der es sich bei der deklaratorischen Norm des Art. 1469-ter Abs. 3 c.c. um eine rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache handelt, die nach der Grundregel in Art. 2697 c.c. der Unternehmer zu beweisen hat, auch wenn in der Praxis ein Hinweis auf das gleichlautende Gesetz genügen wird. Denn bei den deklaratorischen Klauseln handelt es sich um Vertragsklauseln, die gesetzliche Bestimmungen wiedergeben, jedoch nicht um die gesetzlichen Bestimmungen selbst⁷²⁷, die nach dem Grundsatz *iura novit curia* nicht bewiesen werden müssen⁷²⁸. Deshalb muss zum einen vom Unternehmer dargelegt und ggf. bewiesen werden, dass es sich bei der Klausel um die Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmung handelt, was, sofern der Wortlaut nicht identisch ist, zunächst festgestellt werden muss. Zum anderen kann es sich nur dann um eine deklaratorische Vertragsklausel handeln, wenn der Vertrag auch ohne diese Klausel auf derselben gesetzlichen Bestimmung beruhen würde. Auch dies muss der Unternehmer ggf. darlegen und

⁷²⁵ Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1009; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-ter c.c., Anm. II, Rn. 3; Cesàro/Monticelli, Art. 1469-ter, S. 397

⁷²⁶ Cian/Trabucchi, Art. 1469-ter c.c., Anm. II, Rn. 3

⁷²⁷ So auch Zoller, BB 1987, 421, 425, der deklaratorische AGB als AGB einordnet, die nicht mit dem inhaltsgleichen Gesetz identisch sind, da diese durchaus eine andere Rechtslage schaffen können (z.B. im Fall von sich widersprechenden AGB).

⁷²⁸ So aber die Ansicht von Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 583, Fn. 1

beweisen. Es geht hier also nicht um die Anwendung eines Rechtssatzes, sondern um die Feststellung der Identität von Klausel und Gesetz.

b) Art. 1469-ter Abs. 4 und 5 c.c.

Die Ausführungen in Bezug auf die rechtsvernichtende bzw. rechtshindernde Tatsache gelten aufgrund des gleichen Wortlautes von Art. 1469-ter Abs. 3 und Abs. 4 c.c. auch für letzteren. Interessant ist, dass für Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. die Ansicht einer unwiderlegbaren Vermutung nicht vertreten wird⁷²⁹. Hier wird vielmehr auf die Beweislastregelung des Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. abgestellt wird, die sich in der Tat allein auf den vorherigen Abs. 4 bezieht.

Ein Teil der Literatur betrachtet die ausdrückliche Beweislastregelung isoliert, ohne Bezug auf die nach der Grundregel bestehende Beweislastverteilung, und kommt daher zu demselben Ergebnis wie bei der Richtlinie. Der Unternehmer trägt nur in Bezug auf Formularverträge und Vordrucke die Beweislast für das Aushandeln im Einzelnen, bei allen sonstigen Vertragsformen obliegt, hingegen dem Verbraucher die Beweislast, dass der Vertrag gerade einseitig vom Unternehmer gestellt wurde⁷³⁰. Damit wird entsprechend wie bei der Richtlinie davon ausgegangen, dass diese ausdrückliche Beweislastregelung die Beweislast bei Vordrucken und Formularverträgen auf den Unternehmer umkehrt, sonst jedoch der Verbraucher das einseitige Stellen zu beweisen habe. Dieses für die Richtlinie richtige Ergebnis kann jedoch nicht auf die italienische Regelung übertragen werden. Denn die negativ formulierte anspruchsbegründende, und damit vom Verbraucher zu beweisende Tatsache „nicht im einzelnen ausgehandelt“ (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie) wurde in Art. 1469-ter Abs. 4 c.c., wie oben dargelegt, als rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Tatsache ausgestaltet, so dass ein Vergleich bzw. eine Übertragung des Ergebnisses schon deshalb nicht möglich ist. Damit fehlt es hier an einer grundsätzlich vom Verbraucher zu beweisenden

⁷²⁹ Santosuosso, *Giurisprudenza commerciale* 1996, 1003, 1009; Cian/Trabucchi, Art. 1469-ter c.c., Anm. II, Rn. 3

⁷³⁰ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-ter c.c., Anm. IV, Rn. 3 und 4; Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 416; in diesem Sinne wohl auch Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 442

Tatsache, von der mit Hilfe der Beweislastregel abgewichen werden soll. Der bloße Umkehrschluss aus der Beweislastregelung ist äußerst gewagt, zumal dann der Verbraucher – anders als bei der Richtlinie – darlegen und beweisen soll, dass der Unternehmer den Vertrag einseitig gestellt habe. Korrekt wäre der Schluss, der Verbraucher habe das Nichtaushandeln zu beweisen. Da es sich jedoch um eine negative Tatsache handeln würde, könnte der Beweis nur indirekt durch Beweis positiver Tatsachen erbracht werden, zum Beispiel dadurch, dass der Unternehmer die Klauseln gestellt hat. Trotzdem ist dieser Umkehrschluss mangels entsprechendem anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmal nicht haltbar, da der Unternehmer das Aushandeln nach der Grundregel der Beweislast bereits darzulegen und zu beweisen hat.

Eine sehr ähnliche Ansicht, die ebenfalls Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 Satz 3 der Richtlinie betrachtet, geht nicht von einer ausdrücklichen Beweislastregelung aus, sondern bei Formularverträgen und Vordrucken von einer gesetzlichen Vermutung (*presunzione iuris tantum*), die in Bezug auf einseitig gestellte Klauseln vermutet, dass der Verbraucher zu diesen nichts beigetragen hat bzw. dass ein Aushandeln nicht vorliegt⁷³¹. Der Unternehmer muss nun den Beweis führen, dass ein Aushandeln stattgefunden hat. Bei Individualverhandlungen und einmalig vorformulierten Klauseln muss dann jedoch der Verbraucher beweisen, dass die Klauseln einseitig vorformuliert wurden⁷³².

Dieser Ansicht ist aus mehreren Gründen nicht zu folgen: zunächst sieht der Wortlaut von Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. keine ausdrückliche Vermutung vor. Nimmt man jedoch an, dass es sich trotzdem um eine gesetzliche Vermutung handeln soll, so sind zwei Voraussetzungen notwendig: zum einen eine Vermutungsbasis und zum anderen die zu vermutende Tatsache. Letztere muss dann logischerweise auf eine anspruchsbegründende und damit vom Verbraucher zu beweisende Tatsache schließen, damit im Fall des *non liquet*, wenn der Unternehmer nicht den Beweis des Gegenteils

⁷³¹ Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 660; Barengni/Casola, Art. 1469-ter, S. 114; Cesàro/Monticelli, Art. 1469-ter, S. 408, der als Gegenstand der Vermutung das fehlende Aushandeln ansieht. Ebenso Bianca/Busnelli/Rabitti, Art. 1469-ter, 5° comma, S. 1170, welche die Vermutung mit der Vermutung aus Art. 1469-bis Abs. 3 c.c. zu einer doppelten Vermutung verbindet.

⁷³² Barengni/Casola, Art. 1469-ter, S. 114; Cesàro/Monticelli, Art. 1469-ter, S. 408

erbracht hat, die Entscheidung zugunsten des Verbrauchers ergeht. Damit sind drei Problemkreise zu klären: welches ist die vermutete Tatsache, welches die Vermutungsbasis, und was muss der Verbraucher beweisen, wenn die Vermutung nicht eingreift.

Einzige in Betracht kommende Möglichkeit einer Vermutungsbasis ist, wie Sirena, der als einziger hierauf eingeht, richtig ausführt, der Formularvertrag bzw. der Vordruck⁷³³. Von diesen beiden kann logischerweise auf das fehlende Aushandeln bzw. einseitige Stellen von Seiten des Unternehmers geschlossen werden. Diese beiden Alternativen kommen als vermutete Tatsache in Betracht. Letztere aufgrund des Wortlautes von Art. 1469-ter Abs. 5 c.c., erstere aufgrund der Konzeption der Vermutung, wohl auch in Anlehnung an die Richtlinie.

Bei einer gesetzlichen Vermutung kann die Vermutung nur dann nicht zum Tragen kommen, wenn, wie hier, der Unternehmer den Beweis des Gegenteils erbringt. Nachdem Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. dem Unternehmer vorschreibt, das Aushandeln zu beweisen, kann im Umkehrschluss nur das fehlende Aushandeln Gegenstand der Vermutung sein. In Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. heißt es jedoch, „trotzdem, dass diese von demselben (dem Unternehmer) einseitig vorgegeben wurden“, soll dieser das Aushandeln beweisen. Vom Wortlaut der Vorschrift ist eher auf das dort erwähnte einseitige Stellen zu schließen, statt auf das nicht erwähnte fehlende Aushandeln, sofern beide nicht identisch sind. Hiervon muss diese Ansicht ausgehen, da sie als vermutete Tatsache das fehlende Aushandeln annimmt, dem Verbraucher hingegen, wenn die Vermutung nicht eingreift, den Beweis des einseitigen Stellens abverlangt⁷³⁴. Auf diese Weise löst sie das bei der Richtlinie vergleichbare Problem, dass dem Verbraucher ansonsten der Beweis einer negativen Tatsache obliegen würde, der nur im Wege der Schlussfolgerung von positiven Tatsachen zu führen wäre.

Für die Frage des Verhältnisses der beiden Begriffe könnte ein Blick auf die Richtlinie und Art. 1341 f. c.c. helfen. Der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthaltene Begriff des fehlenden Aushandelns wird durch Art. 3 Abs. 2 Satz

⁷³³ Alpa/Patti/Sirena, Art. 1469-ter, S. 660

1 der Richtlinie konkretisiert, wo für fehlendes Aushandeln die Vorformulierung und fehlende Einflussnahme des Verbrauchers aufgeführt wird. Dies stimmt jedoch nicht mit Art. 1341 f. c.c., insbesondere Art. 1342 c.c., überein, deren Voraussetzungen sich in Bezug auf die hier relevanten auch in Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. wieder finden⁷³⁵. Während es bei der Richtlinie nicht auf die Vorgabe der Klauseln vom Unternehmer ankommt, sondern nur auf die fehlende Einflussnahme des Verbrauchers, verlangt Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. gerade wie Art. 1342 c.c., dass der Unternehmer die Klauseln stellt. Von einer Gleichsetzung von fehlendem Aushandeln und einseitiger Vorgabe durch den Unternehmer kann also daher nicht auszugehen sein.

Der Ansicht, die als vermutete Tatsache das fehlende Aushandeln und als vom Verbraucher zu beweisende Tatsache die einseitige Vorgabe durch den Unternehmer verlangt, kann daher nicht gefolgt werden. Konsequenz muss deshalb vom Verbraucher auch das fehlende Aushandeln bewiesen werden, auch wenn dies als negatives Tatbestandsmerkmal Probleme aufwirft⁷³⁶.

Abgesehen davon, dass die vermutete Tatsache des fehlenden Aushandelns in der gesetzlichen Vermutung gar nicht erwähnt ist, erscheint die Konzeption einer Vermutung fraglich, wenn man auf die einseitige Vorgabe durch den Unternehmer als vermutete Tatsache abstellt. Denn der von Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. vom Unternehmer geforderte Beweis des Aushandelns ist nicht das Gegenteil der vermuteten Tatsache.

Für eine gesetzliche Vermutung müsste sich zudem die eine oder andere Tatsache als anspruchsbegründende und vom Verbraucher zu beweisende Tatsache in einem der Tatbestände der Art. 1469-bis ff. c.c. wieder finden. Nur dann kann Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. als Vorschrift für den Unternehmer verstanden werden, den Beweis des Gegenteils zu führen.

Abgesehen von dem Zusatz in der Definition des Unternehmers in Art. 1469-bis Abs. 2 Satz 2 c.c. (*...che utilizza il contratto di cui al primo comma...*) lässt sich außerhalb von Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. kein Hinweis

⁷³⁴ Barengghi/Casola, Art. 1469-ter, S. 114; Cesàro/Monticelli, Art. 1469-ter, S. 408; a.A. Bianca/Busnelli/Rabitti, Art. 1469-ter, 5° comma, S. 1175, welche auf das fehlende Aushandeln abstellt.

⁷³⁵ Busnelli/Morello, Rivista del notariato 1995, 369. 370

auf fehlendes Aushandeln noch auf eine einseitige Vorgabe der Klauseln durch den Unternehmer finden. Art. 1341 f. c.c. können hierfür nicht herangezogen werden, da sie als eigenständige Regelung nur zusätzlich zu den Bestimmungen über den Verbrauchervertrag bei AGB Anwendung finden. Auch der Zusatz in der Definition des Unternehmers ist, wie dargelegt, in einem anderen Sinne zu verstehen. Zudem stellt er innerhalb der Definition des Unternehmers kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal dar, an welches anzuknüpfen ist. Damit fehlt es in den gesetzlichen Bestimmungen an einer solchen anspruchsbegründenden Tatsache bzw. einem solchen Tatbestandsmerkmal.

Würde man ein solches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal annehmen, was, um die Vermutung zum Tragen zu bringen, nur das fehlende Aushandeln sein kann, dann ist dieses Tatbestandsmerkmal in Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. nicht nur systemwidrig (Art. 1469-ter c.c. - *accertamento della vessatorietà*) untergebracht und würde auch im Widerspruch zu der Bestimmung des Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. stehen, und zwar nicht nur inhaltlich, sondern auch konzeptionell. Es ist zum einen in Gesetzen nicht üblich und auch nicht möglich, eine Tatsache oder ein Tatbestandsmerkmal sowohl als anspruchsbegründend als auch als rechtshindernde oder rechtsvernichtende auszuformulieren. Dies wirft Probleme auf in Bezug auf eine Entscheidung im Falle des *non liquet*. Kann man zugunsten des anderen entscheiden, auch wenn dieser den Beweis nicht erbracht hat? Eigentlich nein. Wie ist zu entscheiden, wenn beide den Beweis nicht erbringen. Um diese Frage auszuschließen, wird eine Tatsache entweder formuliert aber nie sowohl als auch. Zum anderen ist es nicht möglich durch das negative Tatbestandsmerkmal praktisch individuell ausgehandelte Klauseln aus dem sachlichen Anwendungsbereich auszuschließen und gleichzeitig zu bestimmen, dass individuell ausgehandelte Klauseln nicht missbräuchlich sind. Es geht nur eines von beiden. Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. als Bestimmung zu werten, die individuell ausgehandelte Klauseln aus dem

⁷³⁶ Bianca/Busnelli/Rabitti, Art. 1469-ter 5° comma, S. 1175 f.

sachlichen Anwendungsbereich ausnimmt⁷³⁷, widerspricht jedoch dem Wortlaut und der Gesetzessystematik.

Der Ansicht, Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. als gesetzliche Vermutung anzusehen, kann daher nicht gefolgt werden, da es an der anspruchsbegründenden und vom Verbraucher zu beweisenden Tatsache fehlt. Damit ist auch keine gesetzliche Hilfe für den Verbraucher bei der Beweisführung erforderlich. Im Falle des *non liquet* würde, wenn der Unternehmer nicht die rechtshindernde Tatsache des individuellen Aushandelns nachweist, sowieso die Entscheidung zugunsten des Verbrauchers ausfallen.

Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. ist daher nur eine Wiederholung der nach der Grundregel der Beweislast bereits bestehenden Beweislastverteilung⁷³⁸. Da der Gesetzgeber diese nur auf Formularverträge beschränkt hat, vertritt eine Ansicht, dass es sich hierbei um eine Beschränkung der allgemeinen Grundregel handelt, so dass dem Verbraucher im Wege der Beweislastumkehr bei anderen Verträgen die Beweislast, wohl für das Nichtaushandeln, obliegt⁷³⁹. Damit wäre zwar die Beweislastverteilung wie in der Richtlinie vorgesehen wiederhergestellt, jedoch kann bei einer ausschließlich dem Verbraucherschutz dienenden Vorschrift der Gesetzgeber nicht ernsthaft erwägen, eine grundsätzlich dem Verbraucher zugute kommende Vorschrift wieder einzuschränken. Wenn der Gesetzgeber dieses Ergebnis gewollt hätte, dann ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, warum er nicht die Richtlinie übernommen hat, sondern die Vorschriften im Umsetzungsgesetz abgewandelt hat. Diese Abänderung spricht vielmehr für die Entscheidung des Gesetzgebers, die Beweislast für das Aushandeln grundsätzlich dem Unternehmer aufzubürden, was unter dem Aspekt einer strengeren Vorschrift im Sinne von Art. 8 der Richtlinie zulässig ist.

Eine andere Ansicht deutet die Wiederholung unter dem Aspekt der unterschiedlichen Anforderungen an die Beweisführung, da Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. im Gegensatz zu Abs. 4 nicht von *trattativa individuale*, sondern

⁷³⁷ So jedoch Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 372s

⁷³⁸ Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 9; Morello, *Il notariato* 1996, 285, 293; Carbone, *Il corriere giuridico* 1996, 1300, 1309; Romagnoli, S. 68

⁷³⁹ Lener, *Il foro italiano* 1996, 145, 150

von *specifica trattativa* spricht. Deshalb wird angenommen, der Unternehmer habe bei Formularverträgen nicht wie üblich nur das Aushandeln zu beweisen, sondern gerade das „besondere“ Aushandeln trotz des Formularvertrages, an das höhere Anforderungen zu stellen sei⁷⁴⁰.

Es wird schwierig sein, zu bestimmen, inwieweit bei Formularverträgen höhere Anforderungen an den Nachweis des Aushandelns zu stellen sind. Denn eigentlich sind Klauseln entweder ausgehandelt, auch im Falle eines Formularvertrages, bei dem sich die Parteien im Endeffekt auch auf den Wortlaut der Klausel einigen, oder eben nicht ausgehandelt worden. Ob oder nicht hängt im Prozess von der Überzeugung des Richters ab, die er sich auf der Grundlage der ihm angebotenen Beweise gebildet hat. Dies gilt im gleichen Maße für Formular- wie für sonstige Verträge. Es kann daher nicht der Ansicht gefolgt werden, dass bei Formularverträgen etwas mehr bewiesen werden müsse. Allerdings wird bei unveränderten Formularverträgen der Beweis des Aushandelns nicht so einfach zu erbringen sein wie in anderen Fällen. Das ist richtig. Insofern könnte man den Unterschied im Wortlaut plausibel machen. Allerdings ist eine solche ausdrückliche Regelung nach beweisrechtlichen Grundsätzen nicht erforderlich.

Damit kann man nur zu dem Schluss kommen, dass Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. für einen Teilbereich die nach der Grundregel bestehende Beweislastverteilung wiederholt, dieser somit ohne eigenständige Bedeutung ist und daher eigentlich überflüssig⁷⁴¹. Bei dieser Regelung, die in Anlehnung an die Beweislastregelung der Richtlinie geschaffen wurde, hat der Gesetzgeber wohl übersehen, dass sie im Gegensatz zur Richtlinie nicht mehr erforderlich ist.

Dem Unternehmer kann für den von ihm zu erbringenden Beweis der individuell ausgehandelten Klauseln nach Art. 1469-ter Abs. 4 c.c. ggf. die

⁷⁴⁰ Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 9; so wohl auch Romagnoli, S. 68

⁷⁴¹ Examen comparatif de législations nationales transposant la directive 93/13, von Mario Tenreiro und Elena Ferioli, S. 4 (im Zusammenhang mit der Europäischen Konferenz in Brüssel vom 1. – 3.7.1999 über die Richtlinie 93/13): Die Beweislastregelung der Richtlinie, die Art. 1469-ter Abs. 5 c.c. zweifellos übernimmt, ist dann überflüssig, wenn die nationalen Gesetze alle Klauseln in den Anwendungsbereich mit einbeziehen.

Rechtsprechung zu Art. 1341 f. c.c. zu Hilfe kommen, wenn es sich um einen *ad hoc* formulierten Vertrag handelt⁷⁴².

c) Bewertung

Die Regelung durch den italienischen Gesetzgeber in Art. 1469-ter Abs. 3 und 4 c.c. rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Tatsachen zu schaffen, die vom Unternehmer nach Art. 2697 c.c. zu beweisen sind, ist im Ergebnis eine verbraucherfreundliche bzw. eine Verbraucherschützende Regelung als für das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des fehlenden Aushandelns eine Vermutung anzunehmen, die zwar bei Eingreifen der Vermutung den Verbraucher in gleichem Maße schützt, aber nach dem Wortlaut in Fällen einmalig vorformulierter Klauseln dem Verbraucher diesen Schutz nicht gewährt, sondern ihm vielmehr die volle Beweislast und eine im Einzelfall nicht immer einfache Beweisführung aufbürdet.

IV. Ergebnis

Die Verteilung der Beweislast auf Verbraucher und Unternehmer ist in beiden Ländern nach der hier vertretenen Ansicht fast gleich verteilt. Der Verbraucher muss in beiden Ländern die Verbraucher- bzw. Unternehmereigenschaft für das Tatbestandsmerkmal des Verbrauchervertrages darlegen und beweisen. Sofern er selbst Klage erhebt, ist auch der Vertragsschluss darzulegen und zu beweisen. Diese Beweisführung wird in der Praxis nur dann erforderlich sein, wenn die Eigenschaft einer Person zweifelhaft ist. Abgesehen von der im deutschen Recht anwendbaren gesetzlichen Vermutung des § 344 HGB, gibt es keine gesetzliche Vermutung, die dem Verbraucher im Falle eines *non liquet* eine Entscheidung zu seinen Gunsten gewähren würde. Allerdings können, wie dargelegt, dem Verbraucher Beweiserleichterungen helfen.

Die nach deutschem Recht nach § 1 Abs. 1 und § 24 a Nr. 2 AGBG vom Verbraucher zu beweisende Eigenschaft der Klausel als AGB oder einmalig vorformulierte Klausel muss nach der hier vertretenen Ansicht in Italien

⁷⁴² Chinè, Contratti di massa, Diritto vigente, Enc. dir. Agg. I, S. 416, Fn. 33

nicht vom Verbraucher bewiesen werden. Allerdings kommen nach deutschem Recht auch hier, wie dargelegt, Beweiserleichterungen in Betracht. Parallel ist die Beweislast für individuell ausgehandelte Klauseln und das Vorliegen von gesetzlichen Bestimmungen in beiden Ländern dem Unternehmer auferlegt. Allerdings haben die Regelungen, wie dargelegt, unterschiedliche Rechtswirkungen in den beiden Ländern.

Bei der Inhaltskontrolle gewährt § 11 AGBG dem Verbraucher den besten Schutz, zumal der Verbraucher nur darlegen und beweisen muss, wobei in der Regel ein Verweis auf die Klausel genügt, dass diese Klausel in der Auflistung des § 11 AGBG enthalten ist. Diese Klauseln sind *per se* unwirksam. Bei § 10 AGBG ist es hingegen dem Unternehmer möglich, im Wege des Gegenbeweises Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die die Annahme der unbestimmten Rechtsbegriffe zweifelhaft erscheinen lässt, so dass § 10 AGBG nicht eingreift. Schwerer als diese Beweisführung wird wohl der bei Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c. aufgrund gesetzlicher Vermutung dem Unternehmer auferlegte Beweis des Gegenteils sein. Insofern wird bei den Klausellisten in beiden Ländern in der Regel wohl eine Entscheidung zugunsten des Verbrauchers ergehen, zumal dieser nur die Übereinstimmung der Klausel mit einer der in den Listen aufgeführten Klausel darlegen und beweisen muss. Dafür reicht, wie bereits gesagt, ein Verweis auf die schriftliche Klausel, sofern diese nicht bereits unstreitig ist, da sich der Unternehmer auf sie beruft.

Die Darlegung und Beweisführung im Rahmen der Generalklausel wird in Deutschland durch die gesetzlichen Vermutungen in § 9 Abs. 2 AGBG für den Verbraucher erleichtert. Eine solche (allgemeine) Vermutung steht dem Verbraucher, abgesehen von Art. 1469-*bis* Abs. 3 c.c., in Italien nicht zur Verfügung. Dadurch wird dem Verbraucher vor allem die Darlegung für die vom Gericht zu beurteilende Rechtsfrage der Unwirksamkeit erleichtert. Greift die Vermutung ein, so ist im Fall des zugunsten des Verbrauchers zu entscheiden. Mangels entsprechender Vermutung ist dann nach der italienischen Generalklausel jedoch zu Lasten des Verbrauchers zu entscheiden.

Das deutsche Recht bietet dem Verbraucher sowohl durch die bestehenden Klausellisten als auch durch die gesetzliche Vermutung der Generalklausel mehr Schutz. Auch wenn sowohl nach deutschem als auch nach italienischem Recht die Beweislast dem Verbraucher obliegt, wird diese Bürde durch die Listen und die Vermutung erleichtert. Nur wenn in beiden Fällen die Generalklausel anzuwenden ist, besteht in Bezug auf die Beweislast und die Beweisführung kein Unterschied.

Damit ist die Beweislast in beiden Ländern ähnlich auf Verbraucher und Unternehmer verteilt, nur in Italien braucht der Verbraucher die Eigenschaft der Klausel im Gegensatz zu Deutschland nicht zu beweisen.

TEIL 5 – VERBANDSKLAGEVERFAHREN

I. Einleitung

Art. 1469-*sexies* c.c. beinhaltet im Anschluss an Art. 7 der Richtlinie vor allem verfahrensrechtliche Vorschriften. Für das Individualverfahren, auf welches Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie ebenfalls abzielt, insbesondere auch für die Fälle einmalig verwendeter Vertragsklauseln, gibt es weder in Art. 1469-*sexies* c.c. noch im deutschen AGBG besondere Regelungen. Beide Gesetze regeln neben den materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen das abstrakte Kontrollverfahren im Wege einer Verbandsklage, da für die Individualverfahren die jeweils nationalen, allgemein gültigen Grundsätze der Prozessführung anzuwenden sind.

Das Verbandsklageverfahren, welches zum Gegenstand eine abstrakte Kontrolle von AGB hat, stellt für das italienische Recht der AGB eine Neuerung dar, die jedoch schon längere Zeit von der Literatur gefordert worden war⁷⁴³. In Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie hat die italienische Rechtsordnung in Anlehnung an das deutsche Verfahren für ein gerichtliches Kontrollverfahren optiert, auch wenn die früheren Forderungen der Literatur die Möglichkeit eines Verwaltungsverfahrens in Erwägung zogen⁷⁴⁴.

Die deutschen Bestimmungen in §§ 13 – 21 AGBG⁷⁴⁵, die das gesamte, von der ZPO abweichende Verfahren für die Unterlassungs- und Widerrufsklage regeln, wurden durch die Richtlinie nicht geändert, da die wenigen Vorgaben der Richtlinie bezüglich eines abstrakten Kontrollverfahrens sowie der Aktiv- und Passivlegitimation bereits durch die bestehenden Regelungen erfüllt waren. Denn die Richtlinie gibt in Art. 7 Abs. 2 nur recht vage Vorgaben für ein abstraktes Kontrollverfahren von AGB, welches

⁷⁴³ Alpa, Contratti di massa, Profili generali, Enc. dir. Agg. I, S. 403 und 407

⁷⁴⁴ Alpa, Contratti di massa, Profili generali, Enc. dir. Agg. I, S. 403 und 407

⁷⁴⁵ Die durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.06.2000 (BGBl. 2000, Teil I, 897 ff.) in Umsetzung der Richtlinien 97/7/EG und auch 97/27/EG neu eingefügten Bestimmungen in §§ 22 ff. AGBG zum Verbandsklageverfahren für Unterlassungsansprüche bei verbraucherschutzwidrigen Praktiken betreffen nicht den Problemkreis der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen bzw. das AGBG überhaupt. Sie sind daher auch nicht Gegenstand dieser Abhandlung. Allerdings wird zu recht kritisiert, dass diese Vorschriften, die keinen Bezug zum AGBG aufweisen, dort verankert wurden, statt in einem eigenen Gesetz oder – nur bezüglich der Verfahrensvorschriften – in der ZPO. Vgl. Greger, NJW 2000, 2457, 2462 f.

zwingend in den Mitgliedstaaten einzuführen ist, um nicht in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten einzugreifen und diesen somit Spielraum für die Anpassung an die nationalen Rechtsordnungen zu lassen.

Italien hat bei der Umsetzung der Richtlinie von dieser Möglichkeit, eine detaillierte Regelung des Verbandsklageverfahrens zu schaffen, keinen Gebrauch gemacht⁷⁴⁶. Die Vorschrift des Art. 1469-*sexies* c.c. für die sog. *azione inhibitoria* (Unterlassungsklage) ist im Gegensatz zu den ausführlichen Bestimmungen der §§ 13 ff. AGBG rudimentär. Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. beschränkt sich auf die Benennung der Prozessparteien für die gerichtliche Unterlassungsklage bei der Verwendung missbräuchlicher AGB, Abs. 2 bestimmt die besondere Voraussetzung für ein Eilverfahren nach Art. 669-*bis* c.p.c. und Abs. 3 eröffnet dem Richter die Möglichkeit der Veröffentlichung seiner Entscheidung auf nationaler Ebene. Für alle nicht von Art. 1469-*sexies* c.c. geregelten Fragen sind im Übrigen die bestehenden nationalen Bestimmungen anzuwenden. Die Regelungen des Verfahrensrechts sind deshalb ggf. entsprechend anzuwenden, da sie auf sog. Individualverfahren ausgelegt sind.

II. Der materiell-rechtliche Unterlassungsanspruch in beiden Rechtsordnungen

Als „angemessene und wirksame Mittel ..., um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen“ (Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie), besteht in beiden Staaten ein Unterlassungsanspruch gegen die Verwendung von missbräuchlichen bzw. unwirksamen AGB. Bereits die Richtlinie beschränkt in Art. 7 Abs. 2 den sachlichen Anwendungsbereich des Verbandsklageverfahrens auf die Überprüfung von AGB („...Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden...“).

⁷⁴⁶ Eine Verbandsklagemöglichkeit besteht im italienischen Recht bereits im Falle von unlauterem Wettbewerb (Art. 2601 c.c.). Auch hier ist, wie für die AGB in Verbraucherverträgen, lediglich im materiellen Recht die Aktivlegitimation (und abgeleitete Passivlegitimation) geregelt worden. Weitere Verfahrensvorschriften gibt es auch hier nicht.

1. Unwirksame bzw. missbräuchliche AGB

Der Unterlassungsanspruch richtet sich sowohl im deutschen als auch im italienischen Recht gegen die Verwendung von unwirksamen bzw. missbräuchlichen AGB. Die Unwirksamkeit bzw. Missbräuchlichkeit der AGB wird anhand der jeweiligen Regelungen für die Inhaltskontrolle festgestellt, ohne hierbei jedoch auf die besonderen Umstände des Einzelfalls einzugehen⁷⁴⁷.

Die Überprüfung der AGB auf ihre Unwirksamkeit ist in Deutschland eine Rechtsfrage, die durch das Gericht vorgenommen wird. Der klagende Verbraucherverband braucht daher nur darzulegen und zu beweisen, dass es sich bei der beanstandeten Klausel um eine AGB handelt, sowie vorzutragen, inwiefern diese Klausel gegen §§ 9 – 11 AGBG verstößt. Die entsprechenden Grundsätze gelten in Italien. Insofern wird auf die Ausführungen zur Inhaltskontrolle in beiden Ländern verwiesen.

2. Verwendung der AGB

Der Begriff der Verwendung wird von beiden Gesetzen nicht definiert. Nach der deutschen Rechtsprechung müssen die AGB nicht bereits Gegenstand eines Vertrages geworden sein. Es reicht aus, dass sie mit Wiederholungsabsicht in den Verkehr gebracht wurden bzw. ihre baldige Verwendung ernstlich droht⁷⁴⁸. Hieraus lässt sich entnehmen, dass der Begriff der Verwendung sehr weit gefasst ist, und sowohl den Fall der (beabsichtigten) Erstverwendung, wo eigentlich noch keine Verwendung im eigentlichen Sinne stattgefunden hat, als auch den Fall, den man gemeinhin unter Verwendung versteht, nämlich das ständige Benutzen von AGB in der Absicht, diese zum Vertragsgegenstand zu machen, umfasst. Durch diese sehr weite Auslegung des Begriffs sollen einerseits möglichst viele Fälle erfasst werden, um einen möglichst weitgehenden Schutz zu gewähren.

Andererseits sollen jedoch nicht alle erdenklichen Fälle der Verwendung unwirksamer AGB der abstrakten Kontrolle unterliegen. Die Klauseln sollen

⁷⁴⁷ In Deutschland finden §§ 8 ff. AGBG, wegen fehlender entsprechender Verweisung jedoch nicht § 24 a Nr. 3 AGBG Anwendung, in Italien insbesondere Art. 1469-*bis* c.c.; die Nichtanwendung von Art. 1469-*ter* Abs. 1 c.c. ergibt sich nur aus der Natur des Verbandsklageverfahrens (s. o.).

für den Rechtsverkehr schon von einiger Bedeutung sein, um das besondere Verfahren nach § 13 AGBG nicht auszuhöhlen⁷⁴⁹. Für Einzelfälle soll das Individualverfahren das adäquate Mittel sein, weshalb die Rechtsprechung ein zusätzliches Kriterium für den Unterlassungsanspruch verlangt. Um nämlich Einzelfälle als Gegenstand des Verfahrens nach § 13 AGBG auszuschließen, in denen sich eine Person einmalig AGB bedient, wurde in Bezug auf die Verwendung ein weiteres ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aufgestellt, die Wiederholungsgefahr⁷⁵⁰. Diese wird als gegeben angesehen, wenn eine Wiederholung der Verwendung ernsthaft und greifbar zu besorgen ist⁷⁵¹. Die Rechtsprechung stellt keine hohen Anforderungen für den Nachweis der Wiederholungsgefahr, da der Definition der AGB in § 1 Abs. 1 AGBG die mehrfache Verwendungsabsicht bereits immanent ist. Egal, ob nun der Verfasser der AGB diese verwendet oder ein Verwender fremde AGB im Rahmen seines Geschäfts benutzt, wird die Wiederholungsgefahr aufgrund der mehrfachen Verwendungsabsicht indiziert⁷⁵². Die Rechtsprechung geht sogar zugunsten des Klägers (Verbraucherverband) von einer tatsächlichen Vermutung in diesen Fällen aus, welche der Verwender widerlegen muss⁷⁵³. Durch diese „Beweislastumkehr“ sind damit an die fehlende Wiederholungsgefahr hohe Anforderungen zu stellen. Nach der Rechtsprechung kann die Wiederholungsgefahr im Grunde nur durch Abgabe einer Strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden⁷⁵⁴.

Auf die Unterlassung oder das Fehlen der Verwendung der AGB hat die italienische Rechtsprechung bislang kein Augenmerk gerichtet. Anders als in § 13 AGBG, wo durch die Handlung gleichzeitig auch der Beklagte bestimmt wird, wird die Verwendung in Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. an zwei

⁷⁴⁸ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 2 mwN zur Rechtsprechung

⁷⁴⁹ Aufgabe der Verbraucherverbände sollte ein möglichst breit angelegter Verbraucherschutz sein, zumal auch das Prozesskostenrisiko zu berücksichtigen ist. Einzelfälle würden möglicherweise die Sicht, aber auch die finanziellen Mittel für größer angelegte Fälle mit mehr Breitenwirkung versperren. Zudem besteht für diese Fälle die Möglichkeit des Individualverfahrens, bei dem auch besser auf die Probleme des Einzelfalls eingegangen werden kann.

⁷⁵⁰ Nach Umsetzung der Richtlinie ist es auch klar, dass ein Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG nicht für den erweiterten sachlichen Anwendungsbereich der einmalig vorformulierten Klauseln gilt, da § 24 a Nr. 2 AGBG nicht auf §§ 13 ff. AGBG verweist; in diesem Sinne Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 24 a AGBG, Rn. 53

⁷⁵¹ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 7

⁷⁵² Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 55

⁷⁵³ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 7

⁷⁵⁴ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 30 mwN

Stellen erwähnt: zum einen im Zusammenhang mit dem Verbot („... *che inibisca l'uso delle condizioni* ...“), zum anderen im Zusammenhang mit der Bestimmung des Anspruchsgegners und Beklagten („... *possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto*...“). Die Rechtsprechung hat die Verwendung im Zusammenhang mit der Bestimmung des Beklagten ausgelegt, auf die nachfolgend eingegangen wird. Eine Wiederholungsgefahr wurde von der Rechtsprechung in Bezug auf die Verwendung jedoch bislang nicht gefordert.

3. Empfehlung der AGB

Neben der Verwendung von AGB eröffnet Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie auch die Möglichkeit, gegen den Empfehler von AGB vorzugehen. Der Wortlaut von Art. 1469-*sexies* c.c. beschränkt sich jedoch auf die Verwendung der AGB, während § 13 Abs. 1 AGBG in seiner zweiten Alternative auch die Empfehlung im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einbezieht. Allerdings hat sich die italienische Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Bestimmung des Beklagten hierzu geäußert, weshalb auch an dieser Stelle darauf verwiesen werden soll.

Nach deutschem Recht ist der Tatbestand der Empfehlung nur erfüllt, wenn die Empfehlung eine generelle Erklärung an eine Vielzahl von Personen darstellt. Auch hier wird wie bei der Verwendung das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Wiederholungsgefahr gefordert (s. o.). Individualberatungen und –empfehlungen gegenüber einer Person fallen deshalb nicht darunter, ebenso wenig wissenschaftliche Veröffentlichungen⁷⁵⁵. Der Tatbestand zielt damit, als Hauptanwendungsfall, auf die Verbandsempfehlung ab.

4. Verwender / Empfehler bzw. Beklagter

Da, wie bereits oben ausgeführt, die italienische Rechtsprechung über die Person des Beklagten die Einzelheiten des Unterlassungsanspruchs

konkretisiert, soll an dieser Stelle bereits auf die Person des Beklagten eingegangen werden.

Hinsichtlich der Passivlegitimierung hat Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. aus der „kann“-Vorschrift des Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie den einzelnen Unternehmer oder seinen Verband, die diese AGB benutzen, übernommen. Eine Klagemöglichkeit gegen mehrere Unternehmer desselben Wirtschaftssektors ist ausdrücklich nicht vorgesehen. Eine entsprechende gesetzliche Bestimmung fehlt auch im AGBG. § 13 Abs. 1 AGBG bestimmt als Beklagte nur den Verwender und den Empfehler von AGB.

Die nach Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie mögliche Streitgenossenschaft wurde in Deutschland nicht umgesetzt, da eine solche Regelung als überflüssig erachtet wurde. Denn nach §§ 59 ff. ZPO ist eine subjektive Klagehäufung möglich, die auch auf das Verbandsklageverfahren Anwendung findet (§ 15 Abs. 1 AGBG). Sowohl Parallelverwender als auch Parallelempfeher können danach zusammen verklagt werden⁷⁵⁶. Auch die italienische Zivilprozessordnung regelt in Art. 103 die subjektive Klagehäufung, so dass auch in Italien gegen die Verwender derselben AGB zusammen ein Prozess geführt werden könnte und auch hier eine gesonderte Regelung nicht erforderlich ist.

Nach diesen formalen Gesichtspunkten sind nunmehr die Beklagten genauer zu bestimmen. § 13 Abs. 1 AGBG bestimmte schon vor Erlass der Richtlinie, dass sich die Klage sowohl gegen den Verwender als auch den Empfehler richten kann. In Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. werden nur diejenigen Unternehmen und Verbände aufgeführt, die AGB verwenden („...*che utilizzano condizioni generali di contratto*...“). Der auch in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie erwähnte Empfehler fehlt. Jedoch stellt, wie bereits erwähnt, Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie nach dem Wortlaut eine Ermessensvorschrift („können“) dar, so dass es im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber überlassen sein müsste, ob er

⁷⁵⁵ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG; Rn. 63; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 21, 22

⁷⁵⁶ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 71

das abstrakte Kontrollverfahren auch auf die in Abs. 3 erwähnten Möglichkeiten ausdehnen will⁷⁵⁷.

Zum Nutzen des Verbraucherschutzes wäre es jedoch nicht nur wichtig, die Verwendung zu verhindern, sondern bereits einen Schritt früher anzusetzen bzw. dort anzusetzen, wo die Wirkung eines Verbots größere Auswirkungen hat als gegenüber Unternehmern, nämlich bei den Verbänden, die in der Regel ihren Mitgliedern die oftmals von ihnen erstellten AGB empfehlen, selbst jedoch nicht verwenden. Damit besteht die Gefahr bei der italienischen Regelung, dass die Klagemöglichkeit gegen die Unternehmensverbände als Verwender von AGB im Grunde leer läuft, so dass im Prinzip nur eine Klagemöglichkeit gegen den einzelnen Unternehmer, wie sie auch der Individualprozess eröffnet, oder gegen mehrere Unternehmer bestünde. Diese Lücke vermeidet das deutsche Gesetz durch seinen weiten Anwendungsbereich.

Das Ziel eines möglichst effektiven Verbraucherschutzes durch Untersagung von AGB zu einem möglichst frühen Zeitpunkt mit größtmöglicher Auswirkung nämlich gegenüber den empfehlenden Unternehmensverbänden, wurde durch Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. damit nicht umgesetzt. Nach Auffassung der Kommission liegt hier ein Verstoß gegen den *effet utile* vor, den der italienische Gesetzgeber bereinigen muss⁷⁵⁸. Jedoch bevor der Gesetzgeber tätig werden wird, hat in Italien bereits die Rechtsprechung in Erkenntnis dieser Lücke gehandelt und Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. so weit ausgelegt, dass auch gegen den Empfehler von AGB eine Verbandsklage erhoben werden kann⁷⁵⁹.

Da die Personen des Beklagten weder im deutschen noch im italienischen Gesetz begrifflich definiert werden, war es Aufgabe der Rechtsprechung

⁷⁵⁷ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 7, Rn. 23; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 7 RiLi, Rn. 11

⁷⁵⁸ Die Kommission hat diesen Vertragsverstoß in ihrer begründeten Stellungnahme vom 18.12.1998 gerügt (Vgl. Alpa, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173, 1191). Im Gegensatz zu Art. 5 wird von Italien hier eine Vertragsverletzung bestritten, da man der Auffassung ist, der Richtlinie Genüge getan zu haben (Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.93 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kom (2000) 248 endg., S. 8).

⁷⁵⁹ Das Tribunale von Turin hat dieses Problem bereits im Wege der Interpretation von Art. 1469-*sexies* c.c. anhand der Richtlinie gelöst und über eine Klage entschieden, die lediglich eine Empfehlung von Klauseln zum Gegenstand hatte: Die Passivlegitimierung der beklagten Fiat Auto S.p.A., welche ihren Vertragshändlern empfohlen hatte, bestimmte Allgemeine Geschäftsbedingungen in ihren mit Verbraucher abgeschlossenen Verträge zu verwenden, wurde vom Gericht bejaht, da die Fiat Auto S.p.A. als Empfehler keine neutrale Position im Verhältnis zu ihren Vertragshändlern einnehme, sondern hier vielmehr ein

den Personenkreis der Beklagten im Wege der Auslegung festzulegen. Nach deutschem Recht ist Verwender derjenige, in dessen Namen der Vertrag, der die unwirksamen AGB beinhaltet, geschlossen werden soll⁷⁶⁰. Empfehler hingegen ist derjenige, der die Verwendung von unwirksamen AGB einer Vielzahl von Personen empfiehlt. Hauptgruppe der Empfehler sind die Verbände, die ihren Mitgliedern die von ihnen erstellten AGB zur Verwendung empfehlen⁷⁶¹.

In Italien können nach der oben angesprochenen extensiven Rechtsprechung nunmehr Unternehmer verklagt werden, wenn sie selbst die AGB einseitig vorgeben oder einer Reihe von Unternehmern den Gebrauch in Verbraucherverträgen empfehlen. Im Falle von Unternehmensverbänden reicht schon die Vorgabe von AGB aus, die auf dem Markt verwendet werden sollen⁷⁶². Die italienische Rechtsprechung folgt damit der deutschen Regelung, da sie den Begriff des Verwendens auf den deutschen Begriff des Empfehlens ausweitet und damit auch den Kreis der Beklagten erweitert.

5. Unterlassung

Der Anspruch richtet sich in beiden Ländern auf die Unterlassung der Verwendung oder Empfehlung von AGB. Besteht der Unterlassungsanspruch, ist es dem Verwender oder Empfehler nicht mehr erlaubt, die Klauseln, die Gegenstand des Unterlassungsanspruchs sind, zu verwenden.

Ähnliche Klauseln, wie in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie vorgeschlagen, können weder nach deutschem noch nach italienischem Recht mit dem Unterlassungsanspruch verfolgt werden⁷⁶³. Ein Verstoß gegen die Umsetzungspflicht besteht deshalb jedoch nicht, weil es sich bei Art. 7 Abs.

Abhängigkeitsverhältnis bestehe (Tribunale von Turin, Urteil vom 16.04.1999, *Giurisprudenza italiana* 2000, 999).

⁷⁶⁰ Locher, S. 163; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 5; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13, Rn. 13

⁷⁶¹ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 9

⁷⁶² Vgl. die Nachweise zur Rechtsprechung in Cian/Trabucchi, *Complemento giurisprudenziale*, Art. 1469-*sexies* c.c., Anm. IV

⁷⁶³ § 17 Nr. 3 AGBG enthält nur die Möglichkeit, von Amts wegen im Urteil das Verbot der Verwendung inhaltsgleicher AGB auszusprechen. Damit kann nur die Verwendung einer inhaltlich gleichen Klausel mit anderem Wortlaut, jedoch nicht die Verwendung ähnlicher Klauseln, die zwar inhaltlich in die gleiche Richtung abzielen, faktisch jedoch Unterschiede aufweisen, ausgeschlossen werden; vgl. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 17, Rn. 6

3 im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie um eine Vorschrift handelt, die nicht zwingend von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss.

III. Der materiellrechtliche Widerrufsanspruch im deutschen Recht

Neben dem Unterlassungsanspruch gewährt das deutsche Recht auch einen Widerrufsanspruch gegen den Empfehler von unwirksamen AGB. Im Rahmen der Auslegung von Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. wurde von der italienischen Rechtsprechung gegenüber Empfehlern von missbräuchlichen AGB jedoch nur ein Unterlassungsanspruch gewährt. Die Frage eines Widerrufsanspruchs wurde bislang nicht erörtert.

Gegenüber den Empfehlern von AGB zeigt eine Unterlassung oftmals wenig Wirkung, da zwar eine weitere Empfehlung untersagt wird, die bereits ausgesprochenen Empfehlungen aber weiter bestehen. Um den Rechtsverkehr auch auf die Unwirksamkeit dieser bereits ausgesprochenen Empfehlungen aufmerksam zu machen, und so eine Rechtssicherheit herbeizuführen, bedarf es des Widerrufs der Empfehlung. Hierbei handelt es sich um einen sog. *actus contrarius*, wie aus § 17 Nr. 4 AGBG hervorgeht, da der Widerruf in derselben Weise wie die Empfehlung publik gemacht werden muss.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen entsprechen denen des Unterlassungsanspruchs. Allerdings wird hier an Stelle der Wiederholungsgefahr gefordert, dass weiterhin eine Gefahr der Übernahme dieser AGB durch Verwender besteht. Diese sog. Übernahmegefahr wird, wie die Wiederholungsgefahr, als bestehend vermutet und kann nur durch den Empfehler im Wege eines Widerrufs entkräftet werden⁷⁶⁴.

Für einen effektiven Verbraucherschutz würde sich ein Widerrufsanspruch auch für das italienische Recht empfehlen. Denn die in Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. vorgesehene Möglichkeit, nach der das Gericht von Amts wegen das Urteil veröffentlichen kann, bleibt in ihrer Wirkungsweise hinter dem Widerrufsanspruch zurück. Nach der *actus-contrarius*-Theorie wird der Widerruf auch diejenigen ereilen, denen die unwirksamen AGB empfohlen

⁷⁶⁴ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 68

wurden, während dies bei einer allgemeinen Veröffentlichung nicht unbedingt der Fall ist, da diese nicht an die betroffenen Personen adressiert ist. Bei einer allgemeinen Veröffentlichung fühlen sich viele wohlmöglich gar nicht angesprochen bzw. beachten diese Veröffentlichung erst gar nicht.

IV. Klagebefugte Organisationen

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie gibt als Aktivlegitimierte nur Personen oder Organisationen mit einem berechtigten Interesse am Schutze des Verbrauchers vor. Das Wort „oder“ lässt darauf schließen, dass die Mitgliedstaaten alternativ natürliche Personen oder Organisationen, unter die auch juristische Personen fallen, als Klagebefugte festlegen können. Insofern weichen weder Art. 1469-*sexies* c.c. noch § 13 AGBG von der Vorgabe der Richtlinie ab, indem sie nur Verbänden oder Kammern, also Organisationen, eine Klagebefugnis einräumen. Verbrauchern oder ggf. anderen natürlichen Personen, die nach nationalem Recht ein berechtigtes Interesse am Verbraucherschutz haben⁷⁶⁵, steht – sofern vorhanden, letzteren nur im Wege einer Prozessstandschaft – nur das Individualverfahren offen. Nachdem sowohl in Deutschland als auch in Italien Verbraucherschutz im Allgemeinen von Organisationen wahrgenommen wird und es auch nach nationalem Recht bislang wohl keine anerkannten natürlichen Personen gibt, werden insofern auch keine Personen diskriminierend ausgeschlossen. Die von einigen Stimmen in der Literatur geforderte Ausweitung des Verfahrens nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie auch auf Verbraucher erscheint daher nicht erforderlich. Der Verbraucher wird sich in der Regel nur gegen eine Klausel zu Wehr setzen, durch die er direkt betroffen ist. Mangels Fachkenntnis, aber auch aus finanziellen Gründen sowie aufgrund des für ihn nicht kalkulierbaren Prozessrisikos wäre diese Tatbestandsalternative bei theoretisch unterstellter Klagemöglichkeit praktisch bedeutungslos.

Auffällige Parallelen gibt es bei der Aufzählung der aktivlegitimierten Organisationen in beiden Ländern. Sowohl in der deutschen Regelung (§ 13 Abs. 2 AGBG) als auch in der italienischen finden sich

Verbraucherverbände, Wirtschafts- bzw. Unternehmerverbände und die Industrie- und Handelskammern.

Die Aufzählung der Unternehmerverbände als Klagebefugte in Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c., als einer Regelung des Verbraucherschutzes, ist äußerst bemerkenswert. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass ein Unternehmensverband gegen Unternehmer, geschweige denn Mitglieder, wegen missbräuchlicher AGB gerichtlich vorgehen wird, die der Verband sogar oftmals empfohlen hat, und wenn, zumindest nicht im Rahmen des Verbraucherschutzes. Denkbar ist eine von einem Gewerbeverband geführte Unterlassungsklage nur für den Fall, dass er gegen ein sog. schwarzes Schaf vorgeht, welches – von ihm nicht empfohlene – missbräuchliche AGB verwendet. Ob hier vorrangig Verbraucherschutz betrieben wird, ist allerdings fraglich. Solche Verbände verfolgen eher handfeste wirtschaftliche Interessen zugunsten ihrer eigenen Mitglieder, wobei der Deckmantel des Verbraucherschutzes natürlich sehr honorig ist. Insofern könnte man fast meinen, dass der italienische Gesetzgeber die Verbandsklagemöglichkeit nicht auf den Verbraucherschutz beschränken, sondern ähnlich dem AGBG auch auf den kaufmännischen Verkehr ausweiten wollte, was jedoch aufgrund des persönlichen Anwendungsbereichs der Normen natürlich nicht möglich ist. Zum Verbraucherschutz im eigentlichen Sinne passt diese Regelung daher nicht. Sie kann jedoch Impulse für eine Änderung des Verhaltens der Unternehmensverbände und der Unternehmer geben. Eine Verletzung von EG-Recht zu Lasten des Verbraucherschutzes ist daraus aber nicht abzuleiten, da – falls dieser Fall doch einmal eintreten sollte – nur zugunsten des Verbrauchers eingegriffen wird.

Während die Aufzählung der Unternehmerverbände in der italienischen Regelung wenig praxisrelevant ist, hat sie im deutschen Recht ihre Berechtigung aufgrund des Anwendungsbereichs des AGBG, welches auch für Verträge zwischen Unternehmern gilt. Aus diesem Grund wurde auch in § 13 Abs. 3 AGBG die Klagebefugnis von Verbraucherverbänden aufgrund

⁷⁶⁵ So eine Person ist z.B. der *Director General of Fair Trading* in Großbritannien, der – nach den 1999 er Bestimmungen – nun neben Verbraucherschutzorganisationen für solche Klagen zuständig ist. Vgl. Chitty on

ihrer Sachbefugnis auf Verträge mit Verbrauchern beschränkt. Eine solche gesetzliche Beschränkung wurde für die Wirtschafts- und Unternehmensverbände jedoch nicht vorgesehen, so dass diese rein theoretisch, wie in Italien, auch im Rahmen des Verbraucherschutzes tätig werden könnten, was bislang jedoch nicht vorgekommen ist. Das beruht auch darauf, dass man, ebenfalls wie bei den Verbraucherverbänden auch, von einer Begrenzung der Klagebefugnis aufgrund einer satzungsmäßigen Beschränkung des Aufgabenkreises ausgeht⁷⁶⁶. Verbraucherschutz gehört in der Regel nicht zum Aufgabenkreis eines Unternehmensverbandes⁷⁶⁷.

Die gleiche Frage könnte man auch für die Industrie- und Handelskammern in Italien stellen. Bei diesen ist die Situation jedoch anders, da der Gesetzgeber diesen bereits mit Gesetz vom 29.12.1993, Nr. 580, u. a. eine Kontrollbefugnis hinsichtlich Klauseln in Verbraucherverträgen übertragen hatte. Insofern wurde in Art. 1469-*sexies* Abs. 1 c.c. auf diese Befugnis noch einmal Bezug genommen.

In Italien bleibt in der Praxis abzuwarten, ob den ursprünglich berechtigten Industrie- und Handelskammern im Rahmen des Verbandsklageverfahrens nicht durch die nunmehr ebenfalls zugelassenen Verbraucherverbände der Rang abgelaufen werden wird. In Deutschland werden die Klagen im Rahmen des Verbraucherschutzes im Prinzip ausschließlich von den Verbraucherverbänden angestrengt.

contract, Rn. 15-074

⁷⁶⁶ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 18

⁷⁶⁷ Interessant ist, dass in Umsetzung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG § 22 Abs. 3 AGBG in Bezug auf die Klagebefugnis mit der neu gestalteten Regelung des § 13 Abs. 2 AGBG identisch ist, und damit die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§ 22 Abs. 3 Nr. 2 AGBG) klagebefugt sind, obwohl die praktische Relevanz äußerst fraglich ist. In dem Wortlaut der beiden neuen Bestimmungen („... ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen ...“) kommt ganz klar zum Ausdruck, dass diese Verbände grundsätzlich gewerbliche und weniger, wenn überhaupt, verbraucherschützende Interessen verfolgen. Damit stellt sich auch die Frage der Richtlinienkonformität dieser Regelung in Bezug auf die Richtlinie 98/27/EG, da nach Art. 3 i. V. m. Art. 1 der Richtlinie die klagebefugten Einrichtungen ein berechtigtes Interesse am Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher haben müssen, und insbesondere bei Organisationen der Zweck im Schutz der Kollektivinteressen bestehen muss (Art. 3 lit. b). Allerdings gewährt Art. 7 der Richtlinie den Mitgliedstaaten das Recht den nach Art. 3 qualifizierten Einrichtungen und sonstigen betroffenen Personen weitere Handlungsbefugnisse einzuräumen. Unter den in Art. 7 erstmals erwähnten sonstigen betroffenen Personen könnten bei weiter Auslegung auch die Unternehmensverbände fallen. In Art. 11 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 97/7/EG werden allerdings Berufsverbände mit berechtigtem Interesse ausdrücklich als klagebefugte Einrichtung aufgeführt. Fraglich ist die Gleichsetzung von Berufsverbänden mit dem allgemeinen Begriff der Verbänden mit gewerblichen Interessen, wie in der Änderung des AGBG geschehen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich hierzu in der Begründung des Gesetzentwurfes (BT-Drucksache 14/2658, S. 27 f., 53) nicht geäußert. Nach Art. 14 aber handelt es sich bei den Bestimmungen der Richtlinie jedoch um Mindestklauseln, so dass eine Vergrößerung des Kreises der klagebefugten Verbände zugunsten der Verbraucher eigentlich keinen Verstoß darstellen kann.

Während sich aus § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG die Voraussetzungen ergeben, unter welchen Voraussetzungen ein Verbraucherverband als klagebefugt gilt, war dies nach Art. 1469-*sexies* c.c. völlig unklar⁷⁶⁸. Mit dem Gesetz Nr. 281 vom 30.07.1998 löste der italienische Gesetzgeber diese offene Frage, indem er in Art. 2 lit. b) zum einen den Begriff des Verbraucherverbandes definierte, zum anderen in Art. 5 die allgemeinen Voraussetzungen einer Verbraucherorganisation konkretisierte⁷⁶⁹. Danach müssen Verbraucherorganisationen bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um in die beim Ministerium für Industrie, Handel und Handwerk geführte Liste der klagebefugten Organisationen (Art. 3 des Gesetzes 281/98) aufgenommen zu werden. Neben dem Ziel, ausschließlich und ohne Gewinnerzielungsabsicht nur dem Schutze der Verbraucher oder Benutzer zu dienen, muss die Organisation seit mindestens drei Jahren bestehen (Art. 5 Abs. 2 lit. a), über eine jährlich aktualisierte Mitgliederliste einschließlich der gezahlten Mitgliedsbeiträge verfügen (lit. b), in mindestens 5 Regionen des italienischen Staates präsent sein und eine Mitgliederzahl von nicht weniger als 0,5 Promille der nationalen Bevölkerung haben (lit. c), jährlich eine Bilanz gemäß den Vorschriften für nicht anerkannte Einrichtungen erstellen (lit. d), in den drei vorangegangenen Jahren ununterbrochen tätig gewesen sein (lit. e) und schließlich dürfen die gesetzlichen Vertreter nicht vorbestraft und nicht Unternehmer oder Unternehmensvertreter auf dem gleichen Sektor wie die Verbraucherorganisation sein (lit. f).

Bis auf die in lit. c) enthaltene Voraussetzung sind die übrigen normal und eigentlich zu erwarten gewesen. Hingegen wird die Voraussetzung der Mitgliederzahl schwer zu erfüllen sein⁷⁷⁰, da in Italien eine gefestigte Tradition für reine Verbraucherorganisationen wie in anderen Mitgliedstaaten nicht besteht. Die Zahl solcher reinen

⁷⁶⁸ Cian/Trabucchi, Art. 1469-*sexies* c.c., Anm. I, Rn. 3, gingen 1997 noch davon aus, dass keinerlei besondere Voraussetzungen (z. B. Mitgliederzahlen) zu erfüllen sind. So auch noch das Urteil des Tribunale von Rom vom 27.07.1998 (Il foro italiano 1998, I, 3332 ff.), welches in seiner Begründung die Qualifizierungsmerkmale für eine klagebefugte Organisation der Auslegung überlässt. Das Tribunale von Palermo hingegen bestimmte in seinem Urteil vom 02.06.1998 (Il foro italiano 1999, I, 358 ff.), dass die Organisation gemäß ihrem Statut den Schutz des Verbrauchers zum Ziel haben muss, und zwar auf Dauer und in tatsächlicher Verwirklichung des Ziels.

⁷⁶⁹ Das Gesetz 281/98 ergänzt zum einen die Regelung des Art. 1469-*sexies* c.c. in Bezug auf die Verbraucherorganisationen. Es hat jedoch darüber hinaus eine eigenständige Bedeutung, da es ein allgemeines Klagerecht in Art. 3 zum Schutze von Verbraucherinteressen einführt.

⁷⁷⁰ Bei einer derzeitigen Bevölkerungszahl von ca. 58.000.000 ist also eine Mindestzahl von 29.000 Mitgliedern erforderlich.

Verbraucherschutzorganisationen, die in die Liste aufgenommen werden können, wird daher nicht sehr groß sein. Hintergrund für eine solch hohe Zahl an Mitgliedern kann nur sein, dass möglichst nur national operierende Organisationen von gewisser Bedeutung für den Verbraucherschutz und nicht jede Mini-Organisation mit besonderen Interessen das in seiner Wirkung nicht zu unterschätzende Klagerecht eingeräumt bekommen soll. Dieser Ausschluss von Kleingruppen kann auf der anderen Seite dazu führen, dass kein umfassender Verbraucherschutz gewährt wird, zumal sich die Gruppe der zugelassenen Organisationen aufgrund der nicht unerheblichen Zulassungshürden in Zukunft nicht besonders vergrößern wird.

Die Voraussetzung nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, um als klagebefugter Verbraucherverband gelten zu können, sind erheblich geringer als die in Italien. Dies liegt zum einen bereits an der vorgeschriebenen Mitgliederzahl von lediglich 75 Personen im Gegensatz zu ca. 29.000 Personen. Zudem besteht auch dann eine Klagebefugnis eines rechtsfähigen Verbraucherverbandes, wenn nicht die erforderliche Mitgliederzahl von 75 Personen erreicht wird, jedoch in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände (mangels gesetzlicher Angaben geht man von mindestens zwei aus) Mitglieder sind, die ihrerseits jedoch nicht rechtsfähig sein müssen⁷⁷¹.

Anders als Art. 5 Abs. 2 lit. a) des Gesetzes 281/1998 verlangt § 13 AGBG auch nicht als ausschließliches Ziel den Verbraucherschutz. Dieser kann vielmehr neben anderen Verbandszwecken stehen, darf jedoch keine untergeordnete Rolle spielen. Entscheidend ist nur, dass der Verband sämtliche Interessen gegenüber dem Verbraucher durch Aufklärung und Beratung tatsächlich wahrnimmt⁷⁷².

Die anderen im italienischen Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen existieren in Deutschland nicht. Als rechtsfähige Vereine unterliegen die

⁷⁷¹ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 37. Es handelt sich bei diesen Verbänden in der Regel um sog. Dachverbände, wie z.B. die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände.

⁷⁷² Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 22a AGBG, Rn. 6; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 37, 39

Verbraucherverbände jedoch den Vorschriften des Vereinsrechts, die allerdings nicht so rigide sind⁷⁷³.

Während diese beiden einzigen Voraussetzungen über Mitgliederzahl und Aufgaben früher im Prozess von Amts wegen zu überprüfen waren⁷⁷⁴, wurde durch die Änderung des AGBG in Umsetzung insbesondere der Richtlinie 98/27/EG (Art. 4) in § 22 a AGBG ein „Verfahren zur Meldung qualifizierter Einrichtungen an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften“ eingeführt, welches nun eine weitere Voraussetzung für die Aktivlegitimation des Verbraucherverbandes aufstellt. Verbraucherschutzorganisationen müssen nun, wie in Italien, in eine beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste eingetragen sein, um Klage erheben zu können (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG n. F.). Die zweite Alternative, Eintrag in der Liste bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, ist für grenzüberschreitende Streitigkeiten relevant, da die Liste des Bundesverwaltungsamtes stets als Ganzes der EG-Kommission zur Aufnahme in ihre Liste übermittelt wird und damit beide Listen grundsätzlich kongruent sind. Nur für den Fall, dass ein Verband in Deutschland bereits gestrichen ist, nicht jedoch aus der Liste der Kommission, besteht eine Klagebefugnis des Verbandes nach dieser zweiten Alternative⁷⁷⁵.

Zur Aufnahme in die Liste beim Bundesverwaltungsamt müssen die Verbraucherverbände die Eintragungsvoraussetzungen über Mitglieder und Aufgaben nachweisen. Bei Verbraucherzentralen und mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverbänden wird diese Voraussetzung unwiderleglich vermutet (§ 22 a Abs. 2 AGBG). Über die Eintragung wird durch Bescheid entschieden, der Verband kann sich eine Bescheinigung über die Eintragung erteilen lassen (§ 22 Abs. 3 AGBG).

⁷⁷³ Verbraucherverbände in Deutschland, die vor allem die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG erfüllen sind die Verbraucherzentralen, vgl. Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 9; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 38

⁷⁷⁴ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 21

⁷⁷⁵ Dieser Fall kann durchaus vorkommen, da nach § 22 a AGBG nur jeweils am 1. Januar eines Jahres die aktualisierte Liste der Kommission übermittelt werden soll. Nachdem Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 98/27/EG vorschreibt, dass die Mitgliedstaaten auf Antrag ihrer qualifizierten Einrichtungen diese der Kommission mitteilen und das Verfahren in § 22 a AGBG nur der Umsetzung dieser Regelung dient, müsste im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bei jeweiliger Antragstellung, zumindest aber in kürzeren Abständen als einem Jahr eine Mitteilung erfolgen, um auch die Aktualisierungsbemühungen der Kommission (Art. 4 Abs. 3) zu unterstützen.

Prozessual kommt es dadurch auch zu einigen Änderungen. Der Verbraucherverband muss nun nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 nachweisen, dass er in der Liste beim Bundesverwaltungsamt eingetragen ist. Denn die Eintragung erfolgt nur, wenn die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG a. F. erfüllt sind. Der Nachweis kann durch Vorlage der vom Amt erteilten Bescheinigung geschehen. Insofern wird die Beweisführung für den klagenden Verband erleichtert⁷⁷⁶.

Fraglich ist jedoch, wie „nachweisen“ in § 13 AGBG n. F. zu verstehen ist. Es gilt zwar nach wie vor, dass das Gericht die Klagebefugnis von Amts wegen prüft. Der Verbraucherverband ist also grundsätzlich für die Voraussetzungen der Klagebefugnis darlegungs- und beweispflichtig. In der Praxis reicht jedoch, wenn überhaupt erforderlich⁷⁷⁷, in der Regel die Darlegung aus, wenn die Klagebefugnis nicht bestritten oder vom Gericht angezweifelt wird. Erst dann wird in der Praxis auch der Beweis der Tatsachen relevant. Nach dem Wortlaut von § 13 AGBG n. F. muss der Verbraucherverband nun stets in der Klageschrift auch den Beweis seiner Eintragung liefern⁷⁷⁸. Dies ist ungewöhnlich, kann aber erheblich zur Prozessökonomie beitragen, auch in Bezug auf die Überprüfung durch das Bundesverwaltungsamt (§ 22 a Abs. 4 AGBG). Die Vorlage einer amtlichen Bescheinigung ist auch kein unzumutbarer Aufwand für den Verband. Andererseits wird von den Verbänden in § 13 Abs. 2 Nr. 2 AGBG kein derartiger sofortiger Nachweis gefordert. Die Gleichbehandlung würde für eine Aufrechterhalten der bisherigen Praxis sprechen, so dass man § 13 AGBG n. F. nur als Wiederholung der Grundregel der Beweislast oder sogar als ein sprachliches Versehen des Gesetzgebers ansehen kann.

Aufgrund der Tatsache, dass nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG n. F. Voraussetzung für die Klagebefugnis eine Eintragung beim Bundesverwaltungsamt oder bei der EG-Kommission ist, damit diese Vorschrift auch für grenzüberschreitende Rechtsstreitigkeiten Anwendung

⁷⁷⁶ Früher wurde die Vorlage der Satzung und eine aktuelle Mitgliederliste sowie substantiierte Angaben zu den Beratungs- und Aufklärungstätigkeiten verlangt, vgl. Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 22

⁷⁷⁷ Bei den in der Kommentarliteratur aufgeführten Verbänden wird sogar Offenkundigkeit der Klagebefugnis angenommen, vgl. Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 22

⁷⁷⁸ Die amtliche Begründung zur Neufassung des AGBG sagt hierzu überhaupt nichts aus (BT-Drucksache 14/2658).

findet, bei der ein ausländischer Verbraucherverband in Deutschland klagt, sollte, auch um die Prüfung von Amts wegen in diesem letzteren Fall zu erleichtern, § 13 AGBG n. F. in der Tat dahingehend zu verstehen sein, dass bei Klageerhebung die Klagebefugnis durch Vorlage einer Bescheinigung über die Eintragung in einem der Register nachgewiesen wird. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz muss dies dann für innerstaatliche und grenzüberschreitende Streitigkeiten gelten. Dies erleichtert auch die Entscheidung des Gerichts, die nach § 22 a Abs. 4 AGBG neu geschaffene Überprüfungsmöglichkeit der Eintragung durch das Bundesverwaltungsamt in Anspruch zu nehmen und den Rechtsstreit bis zu dessen Entscheidung auszusetzen. Damit hat der Verbraucherverband in Deutschland seine Klagebefugnis von Anfang an zu beweisen, während für den Nachweis der Eintragung in Italien die - gleich in Deutschland - in der Praxis herrschenden Grundsätze von Darlegung und Beweis gelten.

V. Verfahren

1. Außergerichtliche Abmahnung

Auch wenn das deutsche Recht keine entsprechende Pflicht vorsieht⁷⁷⁹, ist es jedoch, wie im Wettbewerbsrecht, üblich, vor Einleitung des gerichtlichen Verbandsklageverfahrens eine Abmahnung vorzunehmen, wenn dies nicht von vornherein sinnlos ist⁷⁸⁰. Dies geschieht nicht nur aus Kostengründen durch eventuelle Vermeidung von Gerichtskosten⁷⁸¹, sondern kann auch beiden Parteien ein längeres Gerichtsverfahren ersparen.

Mit einem Schreiben fordert der Verband den Unternehmer unter Fristsetzung und Androhung gerichtlicher Maßnahmen auf, die genau bezeichneten Klauseln nicht mehr zu verwenden bzw. im Falle eines

⁷⁷⁹ Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG wurde eine Umsetzung von Art. 5 (Vorherige Konsultationen) aufgrund der bestehenden Abmahnungspraxis für nicht erforderlich gehalten.

⁷⁸⁰ Als sinnlos bzw. unzumutbar wird eine Abmahnung angesehen, wenn der Beklagte bereits erfolglos abgemahnt wurde oder der Beklagte bekanntlich auch weiterhin von der Rechtmäßigkeit seiner AGB ausdrücklich ausgeht. Vgl. Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 86; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 50

⁷⁸¹ Der Verband kann ggf. auf diese Weise die Vorauszahlung der Gerichtskosten vermeiden und der Beklagte ggf. eine Erstattung derselben an den Verband. Ohne außergerichtliches Abmahnschreiben können dem obsiegenden Verbraucherverband zudem im Gerichtsverfahren nach § 93 ZPO die Kosten des Verfahrens auferlegt werden, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt. In so einer Situation wird die Veranlassung zur Verfahrenseinleitung durch den Beklagten vom Gericht verneint, welche hingegen bejaht wird, wenn der Beklagte auf ein Abmahnschreiben nicht oder abwehrend reagiert hat.

Unternehmerverbandes diese nicht mehr zu verwenden und/oder zu empfehlen und ggf. die Empfehlung zu widerrufen. Ferner wird der Verwender oder Empfehler aufgefordert, eine entsprechende Unterlassungserklärung abzugeben, die in der Regel mit einem Vertragsstrafeversprechen gekoppelt ist. Die Vertragsstrafe soll dazu dienen, Druck auf den Unternehmer/Unternehmensverband auszuüben, damit dieser sich an die von ihm abgegebene Erklärung hält, sofern er diese überhaupt abgegeben hat. Mit Abgabe dieser Erklärung ist der Unternehmer/Unternehmensverband, sofern er sich an diese hält, auch vor einer Verbandklage des Verbraucherverbandes geschützt, da durch diese zumindest die tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr/Übernahmegefahr, welche Tatbestandsvoraussetzung für die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung bilden, entkräftet wird⁷⁸². Im Falle der Missachtung der abgegebenen Unterlassungserklärung wird jedoch nicht nur die Vertragsstrafe fällig⁷⁸³, sondern kann nun auch direkt vom Verbraucherverband Klage beim zuständigen Gericht erhoben werden.

Das italienische Recht schrieb bis zum Erlass des Gesetzes 281/98 keine Abmahnung vor. Anders als im deutschen Recht wurde eine Abmahnung durch das Kostenrecht auch nicht erzwungen, da eine Parallelnorm zu § 93 ZPO nicht besteht. Zwar können im italienischen Zivilprozess auch die Kosten nach ihrer Verursachung (*principio di causalità*) in der Weise verteilt werden, dass auch der Gewinner eines Prozesses einen Teil der Kosten zu tragen hat (Art. 92 c.p.c.). Das sofortige Anerkenntnis eines Anspruchs begründet eine solche Kostentragungspflicht des Obsiegenden jedoch nicht. Aus diesem Grund wurde in Italien bis Mitte 1998 in der

⁷⁸² Dieser dogmatisch einfachen und richtigen Lösung – mangels Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale kein Anspruch – stellt Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 101 ff. eine andere entgegen. Sie gehen davon aus, dass es sich bei der Unterlassungserklärung um kausales Anerkenntnis des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs handelt. Dadurch wird der gesetzliche Unterlassungsanspruch für jeden Fall der Zuwiderhandlung außer Streit gestellt. Auch bestimmte Einwendungen können durch das Anerkenntnis nicht mehr erhoben werden. Dadurch wird aber nicht die Klagemöglichkeit blockiert; sie besteht vielmehr weiter und zwar durch das Anerkenntnis mit Erfolgsaussicht. Das kann aber nicht Sinn und Zweck einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sein. Denn bei Aufrechterhaltung des Prozessrisikos wird die Erfolgsrate einer Unterlassungserklärung weitaus geringer sein. Dieses Problem haben wohl auch die Vertreter dieser Ansicht gesehen, die die Unterwerfung gleichzeitig als Ausschluss der Klagbarkeit interpretieren.

⁷⁸³ Nach Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 56 wird ein Regelbetrag von 2000 DM pro beanstandeter Klausel im Falle der Unterlassung angesetzt. Für den Widerruf soll der Betrag höher liegen aufgrund des Multiplikatoreffekts einer Empfehlung. Da jedoch der Abmahnende die Höhe festsetzen kann, kommt es auf den jeweiligen Einzelfall an. Umstritten ist hingegen der sog. Hamburger Brauch, wonach das Gericht im nachfolgenden Prozess die Höhe der Vertragsstrafe festsetzt (dafür Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 92; ablehnend Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 56).

Regel sofort das gerichtliche Verfahren eingeleitet⁷⁸⁴. Durch Art. 3 Abs. 5 des Gesetzes 281/98 ist nunmehr eine Abmahnung vor Einleitung des Gerichtsverfahrens in Italien gesetzlich vorgeschrieben. Die Vorschrift bestimmt, dass die Verbraucherverbände erst nach Ablauf von fünfzehn Tagen nach schriftlicher Abmahnung und Aufforderung zur Unterlassung, welche mit Einschreiben/Rückschein zu erfolgen hat, Klage erheben können. Durch die Regelung eines Schreibens per Einschreiben/Rückschein kann der Empfänger auch nicht den Nichterhalt des Schreibens behaupten⁷⁸⁵. Mit Zustellung des Schreibens beginnt zudem für beide Seiten eine verbindliche, jedoch sehr kurze Frist, in welcher eine außergerichtliche Streitbeilegung durch Abgabe einer Unterlassungserklärung erfolgen kann. Es bestehen Bedenken, ob eine derartig kurze Frist ausreicht, um dem Empfänger ausreichend Zeit für eine Prüfung seiner AGB zu geben. Reagiert er innerhalb dieser Frist nicht, kann und wird vom Verbraucherverband Klage gegen ihn erhoben werden, auch wenn er nach Fristablauf bereit wäre, eine Unterlassungserklärung abzugeben. Um solchen Situationen Rechnung zu tragen, wird in Deutschland eine Frist nicht unter zwei Wochen als angemessen angesehen. In der Regel wird diese jedoch länger sein, um eine Prüfung der angegriffenen Bestimmungen zu ermöglichen. Wie bei allen angemessen zu setzenden Fristen verlängert sich auch in diesem Fall eine zu kurze Frist auf den angemessenen Zeitraum, so dass die Frist immer von den Umständen des Einzelfalls abhängt⁷⁸⁶.

Art. 3 Abs. 5 des Gesetzes 281/98 enthält keine Regelung über eine Vertragsstrafe. Es sollte jedoch, um der Unterlassungserklärung den entsprechenden Nachdruck zu verleihen, in der Praxis eine solche verlangt werden.

⁷⁸⁴ Auch im Wettbewerbsrecht, welches, obwohl nicht für Verbraucher-, sondern nur in reinen unternehmerischen Angelegenheiten Anwendung findet, ebenfalls eine Unterlassungsklage in Art. 2599 c.c., sogar im Rahmen einer Verbandklage (Art. 2601 c.c.), vorsieht, ist eine Abmahnung vor Einleitung des Verfahrens nicht üblich.

⁷⁸⁵ Diese Formerfordernisse bestehen mangels gesetzlicher Regelung in Deutschland nicht. Jedoch, um im Zweifel die Abmahnung beweisen zu können und so eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO zu vermeiden, wird der Verbraucherverband schon im eigenen Interesse eine Zustellungsart wählen, mit der er den Zugang des Schreibens vor Gericht nachweisen kann.

⁷⁸⁶ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 94 f.; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 13 AGBG, Rn. 59

2. Gerichtliche Zuständigkeit

§ 14 Abs. 1 AGBG bestimmt für das Verbandsklageverfahren einen ausschließlichen Gerichtsstand bei dem Landgericht, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung hat. Unter gewerblicher Niederlassung sind sowohl der Hauptsitz als auch alle Zweigniederlassungen zu verstehen, so dass an allen Sitzen des Unternehmers ein Gerichtsstand eröffnet ist, aus denen der Verbraucherverband auswählen kann⁷⁸⁷. Nur sofern eine solche Niederlassung nicht vorhanden ist, gibt § 14 Abs. 1 AGBG weitere Bestimmungskriterien für Hilfsgerichtsstände vor: den Wohnsitz, dann den inländischen Aufenthaltsort und schließlich der Bezirk, in denen die AGB verwendet oder empfohlen wurden. § 14 Abs. 1 AGBG regelt damit einen Beklagtingerichtsstand mit einer ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts unabhängig vom Streitwert⁷⁸⁸. Im Unterschied zu § 21 ZPO, der ansonsten den Gerichtsstand der Niederlassung eröffnet, muss hier für den Gerichtsstand der Niederlassung kein besonderer Bezug zu dessen Geschäftsbetrieb bestehen, da man davon ausgeht, dass das Unternehmen insgesamt einheitliche AGB verwendet.

In Italien erfolgt die Bestimmung der Zuständigkeit hingegen nach den Regeln der Zivilprozessordnung. Nach Art. 9 c.p.c. ist das Tribunale (Landgericht) sachlich seit 1999 zuständig⁷⁸⁹, wenn nicht der *giudice di pace* (Art. 7 c.p.c. - Schiedsmann) oder ein anderer Richter zuständig ist. Da ein Verfahren vor dem *giudice di pace* angesichts der Aufzählung der Sachgebiete in Art. 7 c.p.c. (u. a. Klage über bewegliche Sachen bis 5 Millionen Lire Streitwert, Schadensersatzansprüche bei Verkehrsunfällen bis zu einem Streitwert von 30.000.000 Lire etc.) nicht in Betracht kommt, ist das dem Landgericht vergleichbare Tribunale ebenfalls das sachlich zuständige Gericht nach Art. 9 c.p.c..

⁷⁸⁷ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 14 AGBG, Rn. 4

⁷⁸⁸ In Bayern, Hessen und Nordrhein-Westfalen wurde von der Konzentrationsermächtigung des § 14 Abs. 2 AGBG Gebrauch gemacht, und bestimmten LG die Klagen für mehrere Bezirke, in denen der Beklagte ansässig sein kann, übertragen, so dass hier Ausnahmen von der Regelung des allgemeinen Gerichtsstands bestehen.

⁷⁸⁹ Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wurde durch das Gesetzesdekret Nr. 51 vom 19.02.1998, in Kraft getreten am 02.06.1999 in der oben beschriebenen Weise geändert. Der *pretore* (Amtsrichter) (Art. 8 c.p.c. a.F.) wurde abgeschafft.

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten (Art. 18 ff. c.p.c.). Je nachdem wie der Unternehmer rechtlich zu qualifizieren ist, ist er nach Art. 18 c.p.c. an seinem Wohnsitz als natürliche Person oder nach Art. 19 c.p.c. an seinem (Haupt- oder Zweit-) Sitz als juristische Person zu verklagen⁷⁹⁰. Für Unternehmensverbände gilt Art. 19 c.p.c., der auch rechtlich nicht anerkannte Vereine berücksichtigt.

Damit ist in beiden Staaten als zuständiges Gericht das Landgericht/Tribunale am Sitz/Wohnort des Beklagten zuständig⁷⁹¹. Ein Klägergerichtsstand wird in Italien nur dann eröffnet, wenn die natürliche Person weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort in Italien hat oder der Aufenthalt unbekannt ist. Das wird bei einem Unternehmer in der Regel nicht der Fall sein, da ein Eintrag in das Unternehmensregister für seine geschäftlichen Aktivitäten Voraussetzung ist.

In Deutschland besteht die Möglichkeit eines Klägergerichtsstandes nach § 14 AGBG allenfalls, wenn der letzte Hilfsgerichtsstand zum Tragen kommt, der Ort der Verwendung oder Empfehlung der AGB. Sofern die AGB am Sitz des Verbraucherverbandes in irgendeiner Weise in den rechtsgeschäftlichen Verkehr eingebracht wurden, ist ein Klägergerichtsstand eröffnet. Auch diese Fälle werden sehr selten sein. Ein Klägergerichtsstand hätte zwar den Vorteil, ein Druckmittel gegen den Unternehmer sein zu können. Um zu vermeiden, an einem anderen Ort mit erheblicheren Kostenaufwand verklagt zu werden, könnte dies möglicherweise dazu Unternehmer dazu bewegen, AGB freiwillig von unwirksamen Klauseln zu reinigen.

Während das vorstehend Gesagte für innerstaatliche Sachverhalte gilt, findet bei grenzüberschreitenden Fällen zwischen Deutschland und Italien das EuGVÜ Anwendung⁷⁹². Die Regelungen für Verbrauchersachen sind hier nicht anwendbar, sondern nur im Individualverfahren. Art. 13 ff. EuGVÜ

⁷⁹⁰ Nach dem italienischen c.p.c. sind in Art. 19 im Gegensatz zu § 21 ZPO Hauptsitz und Sitz der Zweitniederlassung gleichwertig, da eine Beschränkung wie in § 21 ZPO, wonach ein Bezug zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung gefordert wird, nicht besteht (Vgl. Carpi/Taruffo, Art. 19 c.p.c., Anm. I, Rn. 6). Insofern entsprechen sich sogar § 14 Abs. 1 AGBG und Art. 19 c.p.c.

⁷⁹¹ Art. 20 c.p.c., der einen Wahlgerichtsstand für den Erfüllungsort oder Vertragsort einer Verpflichtung eröffnet, ist hier nicht anzuwenden.

sind nur bei Streitigkeiten aus einem Vertrag anwendbar, den ein Verbraucher geschlossen hat. Neben Art. 2 EuGVÜ können für die Zuständigkeit noch die Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ in Betracht kommen⁷⁹³. Der Gerichtsstand der Niederlassung nach Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ setzt jedoch voraus, dass es sich um eine auf den Betrieb der in einem anderen Vertragsstaat ansässigen Niederlassung bezogene Streitigkeit handelt. Hier wird die aus § 21 ZPO bekannte Einschränkung der Betriebsbezogenheit gefordert, die weder nach § 14 AGBG noch nach dem italienischen Recht Voraussetzung ist. Der EuGH hat das Merkmal der Betriebsbezogenheit eng ausgelegt, jedoch kann die Verwendung von in einem Unternehmen einheitlich verwandten AGB bei einem Vertrag mit der Niederlassung eine Verbindlichkeit darstellen, welche „im Namen des Stammhauses“ eingegangen wurde⁷⁹⁴. Dies ist im Einzelfall zu prüfen.

Auch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung kann für einer Verbandsklage in Betracht kommen. Der europarechtlich weit ausgelegte Begriff der unerlaubten Handlung in Art. 5 Abs. 3 EuGVÜ umfasst auch Unterlassungsklagen⁷⁹⁵ gegen die Verwendung unzulässiger AGB, welche als eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ anzusehen ist⁷⁹⁶.

Nach dem EuGVÜ besteht daher ggf. die Möglichkeit des *forum shopping*, so dass sich der Verbraucherverband den für ihn günstigsten Gerichtsstand aussuchen kann. Ein Klägergerichtsstand kann jedoch allenfalls nur über Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ erreicht werden.

Die Zuständigkeit wird in Deutschland⁷⁹⁷ zwar von Amts wegen geprüft. Jedoch haben die Parteien die entsprechenden Tatsachen für die örtliche, sachliche und internationale Zuständigkeit vorzutragen und ggf. zu beweisen⁷⁹⁸. Hierbei obliegt nach dem allgemeinen Grundsatz die Beweislast

⁷⁹² Zur Anwendbarkeit des EuGVÜ auf Verbandsklagen, vgl. Kropholler, Art. 1, Rn. 15

⁷⁹³ Der ausschließliche Gerichtsstand nach Art. 16 EuGVÜ gilt nicht für Verbandsklagen, auch nicht im Rahmen von Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ, da Prozessparteien natürliche Personen sein müssen, die einen Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen haben. Vgl. Schlosser, EuGVÜ, Art. 16, Rn. 9

⁷⁹⁴ Kropholler, Art. 5, Rn. 82

⁷⁹⁵ Schlosser, EuGVÜ, Art. 5, Rn. 16

⁷⁹⁶ Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 14 AGBG, Rn. 4, 7; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 14 AGBG, Rn. 14

⁷⁹⁷ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 14 AGBG, Rn. 16; zu diesem allgemeinen Prozessgrundsatz, Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Vorbem § 253, Rn. 10, 18

⁷⁹⁸ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, Übers § 12 ZPO, Rn. 19

dem Kläger (Verbraucherverband), wenn es um streitige Tatsachen in Bezug auf einen Gerichtsstand geht.

In Italien wird die Unzuständigkeit eines Gerichts durch Art. 38 c.p.c. geregelt. Danach kann zwar ein Richter sich in Bezug auf die sachliche, vom Streitwert abhängige Zuständigkeit für unzuständig erklären, jedoch nicht in Bezug auf die örtliche. Die örtliche Unzuständigkeit muss nicht nur ausdrücklich vom Beklagten gerügt werden, sondern er muss auch das örtlich zuständige Gericht bezeichnen, da ansonsten der Einwand als nicht erhoben gilt. Sofern der vom Beklagten gemachte Vorschlag vom Kläger nicht angenommen wird, muss das Gericht durch Urteil über die Zuständigkeit entscheiden⁷⁹⁹. Die Entscheidung fällt das Gericht aufgrund der Aktenlage bzw. aufgrund von Tatsachen, die im einem summarischen Verfahren erhoben wurden. Daher ist es Aufgabe der Parteien, die jeweils relevanten Tatsachen vorzutragen und ggf. zu beweisen.

3. Verfahrensablauf

Das Verfahren einer Verbandsklage zur Kontrolle von AGB erfolgt in beiden Ländern nach den jeweils geltenden Bestimmungen der Zivilprozessordnungen (§ 15 Abs. 1 AGBG) wie in jedem anderen Gerichtsverfahren auch. Das AGBG enthält jedoch in §§ 15 bis 20 besondere, in der ZPO in dieser Form nicht enthaltene Verfahrensvorschriften, die zwingend zu beachten sind.

§ 15 Abs. 2 AGBG gibt in Ergänzung von § 253 ZPO vor, wie der bestimmte Klageantrag zu formulieren ist. Neben dem Wortlaut der Klausel (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) muss der Antrag auch die Art des Rechtsgeschäfts bezeichnen (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 AGBG), bei dem die Klausel als unwirksam erachtet wird. Verbraucherverbände müssen daher auf jeden Fall angeben, dass es sich um eine unwirksame Klausel in einem Verbrauchervertrag gemäß § 24 a AGBG handelt, sofern die Vertragsart (z.B. Kauf-, Dienstvertrag) nicht noch näher konkretisiert wird⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ Luiso, Vol. I, S. 108

⁸⁰⁰ Auch vor Inkrafttreten von § 24 a AGBG mussten die Verbraucherverbände in ihrem Antrag klarstellen, wenn ein Unternehmer Klauseln sowohl gegenüber Verbrauchern als auch anderen Unternehmern verwendete, dass nur die im nichtkaufmännischen Verkehr verwendeten Klauseln angegriffen würden, da eine weitergehende

Entsprechendes gilt daher auch für den Urteilstenor gemäß § 17 Nr. 1 und Nr. 2 AGBG, wonach parallel zum Klageantrag ebenfalls der Wortlaut der als unwirksam erachteten Klauseln als auch die Bezeichnung der Art des Rechtsgeschäfts anzugeben sind.

Nach dem italienischen Recht muss zwar der Klageantrag bestimmt sein, jedoch sind keine derartigen konkreten Voraussetzungen, insbesondere die Angabe des Rechtsgeschäfts, zu erfüllen⁸⁰¹. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es jedoch von Vorteil, den Antrag wie im deutschen Recht zu konkretisieren.

Weitere Besonderheit der Verbandsklage in Deutschland ist, dass das Gericht, sofern entsprechende AGB Gegenstand des Verfahrens sind, das Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen und das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen anzuhören hat (§ 16 AGBG)⁸⁰². Während das Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen nur noch Aufsichtsbehörde ist, werden hingegen die in § 16 Nr. 2 AGBG aufgezählten AGB durch das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen genehmigt. Die Anhörung dieser beiden Behörden geschieht daher nicht nur, um sich deren Sachkenntnis zu bedienen, sondern vor allem, um diesen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, warum sie diese AGB genehmigt haben oder aus welchen Gründen sie diese nicht beanstandet haben. Die Verfahrensbeteiligung erfolgt also deshalb, weil die Behörden ihrerseits indirekt ebenfalls Betroffene sind⁸⁰³. Aufgrund der Anhörungspflicht der Bundesaufsichtsämter ergeben sich

Klagebefugnis der Verbraucherverbände nicht besteht. Es hat sich von daher gegenüber früher nichts geändert, außer dass heute die Möglichkeit besteht, den Begriff Verbrauchervertrag zur Konkretisierung zu verwenden (Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 6).

⁸⁰¹ Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung verbot z.B. das Tribunale von Rom dem Nationalen Olympischen Komitee die Verwendung von Klauseln im Rahmen der nationalen Fußballwette Totogol - im Urteil verwies das Gericht nur die Ziffern und Absätze der Klauseln (Il Sole 24 ore 1997, Nr. 40, S. 54, 56). Der Wortlaut der Klauseln, wie nach § 15 Abs. 2 AGBG, aber auch § 17 Nr. 1 AGBG gefordert, wurde nicht zitiert.

⁸⁰² In Italien können die AGB von Versicherungen und Kreditinstituten wie in Deutschland durch öffentliche Stellen nachträglich kontrolliert werden. Nach den Gesetzesdekreten Nr. 174 und 175 vom 17.03.1995 wird die Aufsicht und Kontrolle über die Versicherungen und ihre AGB vom *Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni private e di interesse collettivo (I.S.V.A.P.)*, einer öffentlichen Einrichtung, übernommen. Das Institut übt seine Kontrollbefugnis in der Weise aus, dass es die Versicherungen auffordert, die von ihnen verwendeten AGB zu Kontrollzwecken zu übersenden (nachträgliche Kontrolle). Im Falle des Missbrauchs kann es nur die Versicherungen auffordern, die Klauseln nicht mehr zu verwenden (*moral suasion*). Es hat jedoch wie keine rechtlichen Genehmigungs- oder Untersagungsbefugnisse.

Im Bereich des Kreditwesens wird in Italien die Banca d'Italia als Kontrollbehörde tätig, um zu überwachen, dass die Banken das 1993 erlassene Einheitengesetz (*Testo unico bancario*, Gesetzesdekret vom 01.09.1993, Nr. 385), welches u. a. das Transparenzgebot für AGB beinhaltet, eingehalten wird. Dabei kann die Banca d'Italia als Aufsichtsbehörde einschreiten oder im Wege der *moral suasion* eine Lösung des Problems suchen. Im Bereich des Versicherungswesens bestehen daher in beiden Ländern nur Aufsichtskompetenzen, während im Bereich des Kreditwesens für bestimmte AGB eine Genehmigungspflicht besteht.

⁸⁰³ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 16 AGBG, Rn. 3

jedoch für das Kontrollverfahren keine weiteren Besonderheiten, insbesondere wird kein anderer Prüfungsmaßstab angelegt, so dass auch genehmigte AGB für unwirksam erklärt werden⁸⁰⁴.

Die Anhörung ist kein förmliches Verfahren innerhalb des Prozesses, sondern vielmehr der Form nach mit dem Auskunftersuchen des Gerichts bei einer Behörde nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vergleichbar. Die im Rahmen der Anhörung aufgeforderte Behörde ist nach ihrem Ermessen zur Abgabe einer schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme verpflichtet, die dem Gericht als Hilfe bei der Entscheidungsfindung dient. Sollte denn auch die Behörde aus irgendeinem Grund keine Stellungnahme abgeben, so kann das Gericht dennoch entscheiden⁸⁰⁵.

In Italien wird bzw. kann auch mangels gesetzlicher Regelung eine solche Anhörung von Amts wegen nicht vorgenommen werden⁸⁰⁶. Denn durch die Anhörung nimmt die Behörde nicht unmittelbar am Verfahren teil⁸⁰⁷. Das unterscheidet die Anhörung von der auch in Italien bestehenden Möglichkeit der Nebenintervention.

Das Verfahren endet in Deutschland mit einem Urteil. Über die in § 17 AGBG enthaltenen Bestimmungen zum Urteilstenor wurden bereits an verschiedenen Stellen Ausführungen gemacht. Im Falle eines der Klage stattgebenden Urteils kann dieses neben den in § 313 ZPO, § 17 AGBG vorgeschriebenen Bestandteilen auf Antrag des Klägers (Verbraucherverbandes) auch den Ausspruch der Befugnis des Klägers enthalten, den Urteilstenor mit Angabe des Beklagten auf Kosten des Beklagten im Bundesanzeiger und ansonsten auf seine Kosten z.B. in einer Tageszeitung zu veröffentlichen (§ 18 AGBG). Diese Vorschrift beabsichtigt, wie Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. durch eine Veröffentlichung den Urteilstenors möglichst vielen Personen bekannt zu geben und so eine

⁸⁰⁴ Die Vorgabe der Richtlinie in Art. 1 Abs. 2, welche Klauseln, die Gesetzen entsprechen aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, findet auch bei richtlinienkonformer Auslegung des AGBG hier keine Anwendung, da es sich lediglich um behördlich genehmigte AGB, jedoch nicht um die Wiedergabe eines Gesetzes handelt.

⁸⁰⁵ Jedoch kann dieser Verfahrensmangel mit der Berufung angegriffen werden und die Anhörung im Berufungsverfahren nachgeholt werden (Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 16 AGBG, Rn. 21).

⁸⁰⁶ Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Unwirksamkeit von Klauseln für die nationale Fußballwette Totogol wurde das Ministerium, obwohl diese Klauseln von diesem erstellt worden waren und dieses als Kontrollbehörde fungierte, nicht eingebunden. Parteien des Verfahrens waren nur der klagende Verbraucherverband und das Nationale Olympische Komitee, welches Totogol veranstaltet (Il sole 24 ore, 1997, Nr. 40, 54 ff.).

Breitenwirkung zu erzielen, die einerseits andere Unternehmer, andererseits auch die Verbraucher auf die Unwirksamkeit dieser Klauseln hinweist. Damit kann nicht nur eine erhöhte Aufmerksamkeit der Verbraucher erzielt werden, sondern auch andere Unternehmer oder Unternehmensverbände, die die gleichen AGB verwenden oder empfehlen, können möglicherweise zu einer freiwilligen Überprüfung ihrer AGB und sogar Streichung unwirksamer AGB angehalten werden.

Es ist äußerst fraglich, ob durch eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger eine solche beabsichtigte Breitenwirkung erzielt werden kann, da in der Regel weder von Seiten der Unternehmensverbände noch der Unternehmer, ganz zu schweigen von den Verbrauchern, der Bundesanzeiger gelesen wird. Größere Wirkungsmöglichkeit hat daher eine Veröffentlichung in einer Tageszeitung, wie auch in Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. bestimmt wurde. Allerdings ist nach § 18 ABGB eine solche Publizierung nur auf Kosten des Klägers möglich. Eine Kostenübernahme durch den Beklagten gilt nur für den Fall der Veröffentlichung im Bundesanzeiger. Somit kann, da eine solche Anzeige in der Regel nicht unerhebliche Kosten verursacht, durch die Kostenlast des Klägers eine Publizierung unterbleiben. Allerdings ist zu bedenken, dass der obsiegende Verbraucherverband auch ohne entsprechende Befugnis durch das Gericht im Rahmen seiner Informationstätigkeit das Urteil verbreiten wird, wobei dies dann in der Regel nicht über Tageszeitungen erfolgen wird, sondern über die dem Verband zur Verfügung stehenden Publikationsmöglichkeiten, so dass keine überaus große Breitenwirkung erzielt werden wird.

Diese Gefahr besteht nach der italienischen Regelung hingegen nicht, da nach dem Wortlaut das Gericht die Veröffentlichung anordnen kann. Bezüglich der Veröffentlichung des Urteils in Italien ist anzunehmen, dass Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. aufgrund seiner lückenhaften Regelung Art. 120 c.p.c. ergänzt bzw. abändert⁸⁰⁸, der allgemein die Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Unterliegenden als Betrag der Schadensbeseitigung

⁸⁰⁷ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 16 ABGB, Rn. 20

⁸⁰⁸ Im Gegensatz zur Ansicht von Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 418 ist Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. nicht überflüssig, gerade aufgrund der nachfolgend aufgeführten Abweichungen bzw. Ergänzungen. So auch Alpa/Patti/Tommaseo, Art. 1469-*sexies*, S. 779.

erlaubt⁸⁰⁹. Art. 120 c.p.c. setzt wie § 18 AGBG einen Antrag des obsiegenden Klägers voraus. Da Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. ein solches Antragserfordernis jedoch nicht enthält, kann davon ausgegangen werden, dass im Fall der Verbandsklage eine solche Anordnung von Amts wegen erfolgt⁸¹⁰.

Anders als in Deutschland, wo die Veröffentlichung dem Kläger innerhalb bestimmter Frist obliegt, ist es in Italien nach Art. 120 c.p.c. Aufgabe des Beklagten, den Anordnungen des Gerichts auf seine Kosten nachzukommen⁸¹¹. Falls der Verurteilte dieser Anordnung in der vom Gericht gesetzten Frist nicht nachkommt, gibt Art. 120 Abs. 2 c.p.c. der anderen Partei eine Ersetzungsbefugnis für die Veröffentlichung. Da Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. u. a. keine entsprechende Kostenregelung enthält, ist davon auszugehen, dass insofern Art. 120 c.p.c. eingreift.

Bei der Veröffentlichung im Rahmen der Verbandsklage ist abweichend von Art. 120 c.p.c., wo der Obsiegende das Publikationsorgan bestimmen kann, jedoch zu beachten, dass diese aufgrund Bestimmung durch das Gericht in zumindest einer nationalen Tageszeitung erfolgt⁸¹². Die landesweite Veröffentlichung, die also in beiden Staaten gefordert wird, erfolgt jedoch insofern in unterschiedlicher Weise, dass in Deutschland nur der Urteilstenor sowie der Name des Beklagten veröffentlicht werden darf, während in Italien eine solche Beschränkung weder aus Art. 1469-*sexies* Abs. 3 c.c. noch aus Art. 120 c.p.c., der die Veröffentlichung des Urteils erlaubt, herzuleiten ist⁸¹³.

Der Ausspruch der Veröffentlichung steht sowohl in Deutschland als auch in Italien im Ermessen des Gerichts. Zur Ermessenabwägung muss das

⁸⁰⁹ Spezielle Regelungen finden sich, wie in Deutschland, z.B. im italienischen Wettbewerbsrecht, die sich aber dann auf Art. 120 c.p.c. beziehen (z.B. Art. 2600 Abs. 2 c.c.).

⁸¹⁰ Auch z.B. im Wettbewerbsrecht (Art. 2600 Abs. 2 c.c.), im Urheberrecht (Art. 166 des Gesetzes 633/41), im Markenrecht (Art. 85 des königlichen Dekrets Nr. 1127 vom 29.06.1939) kann von Amts wegen eine Anordnung der Veröffentlichung des Urteils erfolgen.

⁸¹¹ Carpi/ Taruffo, Art. 120 c.p.c., Anm. III, Rn. 2

⁸¹² Wie aus der einstweiligen Verfügung des Tribunale von Rom vom 31.07./02.08.1997 (II sole 24 ore 1997, Nr. 40, S. 54 ff.) hervorgeht, folgt das Gericht hierbei teilweise einem Antrag des Verbraucherverbandes. In diesem Fall hatte der Verbraucherverband gefordert, das Urteil u. a. in der *Gazzetta dello Sport* und dem *Corriere della Sera* in einer Größe von mindestens 20 x 30 cm zu veröffentlichen. Das Tribunale ordnete die Veröffentlichung eines Auszugs dieses Urteils in den angegebenen Zeitungen in der geforderten Größe auf Kosten von CONI an. Hierdurch wird die Auffassung bestätigt, dass insoweit Art. 120 c.p.c. zum Tragen kommt.

⁸¹³ Anders Art. 166 des Gesetzes 633/41 (Urhebergesetz), welches ausdrücklich nur die Veröffentlichung des Tenors erlaubt.

Gericht in Deutschland in Erwägung ziehen, ob zur Beseitigung der Störung oder Gefährdung des Rechtsverkehrs auf diesem Wege beitragen werden kann. Dies setzt voraus, dass der Urteilstenor auch eine entsprechende Aussagekraft hat, die auch ein Nichtjurist verstehen kann⁸¹⁴. Nach Art. 120 c.p.c. muss die Veröffentlichung einen Beitrag zum Schadensersatz darstellen, wobei der Schadensbegriff sehr weit definiert wird. Die Veröffentlichung soll dem Schutz eines allgemeinen Interesses in der Form dienen, dass keine falschen Vorstellungen kursieren, so dass die Veröffentlichung auch dann angeordnet werden kann, wenn kein konkreter Schaden besteht oder zukünftige Schäden vermieden werden sollen⁸¹⁵. Auch hier wird also eine Ermessenentscheidung auf der Basis der Rechtssicherheit getroffen. Durch die Möglichkeit der Veröffentlichung des Urteils kann die Entscheidung jedoch häufiger zugunsten einer Veröffentlichung und damit zur Rechtssicherheit und –klarheit ausfallen, da die Veröffentlichung eines Urteils mit Urteilsgründen für Verbraucher eher verständlich ist als ein bloßer Urteilstenor, wie in Deutschland. Auch aus diesem Grund möchte man zweifeln, dass eine Veröffentlichung nach § 18 AGBG zum Verbraucherschutz beitragen wird⁸¹⁶. Das wird eher nicht der Fall sein, so dass die Verbraucherschutzorganisationen weiterhin auf ihren Wegen sich um die Aufklärung der Verbraucher kümmern werden. Hingegen ist den Verbraucherverbänden in Italien ein zusätzliches und kostenloses Mittel zur Verbraucherinformation an die Hand gegeben worden, welches bei einer Veröffentlichung in einer nationalen Tageszeitung auch eine erhebliche Breitenwirkung in Form einer Warnfunktion haben kann. Inwieweit diese Verbreitung auch Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher als auch der Unternehmer und ihrer Verbände haben wird, bleibt abzuwarten, da die in

⁸¹⁴ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 18 AGBG, Rn. 5

⁸¹⁵ Carpi/ Taruffo, Art. 120 c.p.c., Anm. I

⁸¹⁶ Es könnte sein, dass § 18 AGBG im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutze von Verbraucherinteressen (ABl. L 166 vom 11.08.1998, S. 51 ff.) in der Form abgeändert wird, dass wie in Italien das Urteil oder Auszüge desselben veröffentlicht werden. Allerdings handelt es sich bei der entsprechenden Vorschrift in Art. 2 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie dem Wortlaut nach nicht um eine zwingend umzusetzende Regelung („gegebenenfalls“), und auch die Veröffentlichung des Wortlauts ist nur beispielhaft („wie“) aufgeführt. Aus diesem Grund konnte der deutsche Gesetzgeber auch von einer Änderung absehen, weil er der Ansicht ist, dass das AGBG bereits die Zielsetzung der Richtlinie erfüllt. Es bleibt daher die Umsetzung der Richtlinie abzuwarten.

Zeitungen veröffentlichten Urteile keine bindende Wirkung, sondern lediglich Appelcharakter haben⁸¹⁷.

Nach Abschluss des Verfahrens in Deutschland hat das Landgericht das Urteil gemäß § 20 AGBG dem Bundeskartellamt, welches ein Register über die Verfahren der letzten zwanzig Jahre führt, von Amts wegen zu übermitteln. Durch die Registrierung erlangen die Urteile jedoch keine Allgemeinwirkung, wie z.B. in Spanien. Die Registrierung soll lediglich dazu dienen, eine Art Datenbank zu Informationszwecken aufzubauen, die jedermann offen steht. Eine solche Registrierungspflicht besteht in Italien nicht. Angesichts der geringen praktischen Nutzung in Deutschland und der heutigen technologischen Möglichkeiten erscheint eine zentrale Datenbank auch nicht unbedingt erforderlich.

VI. Einstweilige Verfügung

Im Sinne von Art. 8 der Richtlinie hat Italien eine weitere Regelung zum Schutze des Verbrauchers erlassen. Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. eröffnet die Möglichkeit der Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens, wenn berechtigte Dringlichkeitsgründe (*giusti motivi di urgenza*) hierfür vorliegen. Auch in Deutschland kann, obwohl das AGBG ausdrücklich kein einstweiliges Verfügungsverfahren vorsieht, dieses von Seiten der Verbraucherverbände durchgeführt werden⁸¹⁸. Beide Länder haben damit bereits - für den Bereich der missbräuchlichen Klauseln - der noch in beiden Ländern umzusetzende Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutze von Verbraucherinteressen vorgegriffen. Diese sieht in ihrem Art. 2 Abs. 1 lit. a) ebenfalls ein sog. Dringlichkeitsverfahren vor⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Alpa/Patti/Tommaseo, Art. 1469-*sexies*, S. 781 erachtet unter Bezugnahme auf die französischen Erfahrungen ein solches Unterlassungsurteil als eine starke Waffe der Verbraucherverbände gegenüber Unternehmern und ihren Verbänden, um entsprechende AGB aus ihren Geschäftsbedingungen zu streichen.

⁸¹⁸ Es ist h. M. in Deutschland, dass ein einstweiliges Verfügungsverfahren zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs, nicht jedoch des Widerrufsanspruchs, von Seiten der Verbraucherverbände durchgeführt werden kann. Insofern ist die Darstellung von Micklitz/Brunetta d'Usseaux, ZEuP 1998, 104, 115 falsch, wenn sie allgemein ausführen, dass die Beantragung einer einstweiligen Verfügung in Deutschland im Gegensatz zu Italien nicht möglich ist, aber von den Verbraucherverbänden immer gefordert würde.

⁸¹⁹ ABl. L 166 vom 11.6.1998, S. 51 ff

1. Gerichtliche Zuständigkeit

Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. regelt das einstweilige Verfügungsverfahren nicht, sondern schreibt nur einen besonderen Dringlichkeitsgrund vor und verweist im Übrigen auf die allgemeinen Vorschriften des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens in Art. 669-*bis* c.p.c. Auch in Deutschland richtet sich das einstweilige Verfügungsverfahren nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 935 ff. ZPO, wobei in Bezug auf die Zuständigkeit § 14 AGBG anzuwenden ist, der zumindest die ergänzende Zuständigkeit des Amtsgerichts nach § 942 ZPO⁸²⁰, wenn nicht sogar auch die Zuständigkeitsregelung des § 937 Abs. 1 ZPO verdrängt. Allerdings käme man bei Anwendung von § 937 Abs. 1 ZPO zu demselben Ergebnis, da das für das einstweilige Verfügungsverfahren zuständige Gericht der Hauptsache durch § 14 AGBG bestimmt werden muss. Sofern noch kein Hauptsacheverfahren anhängig ist, besteht noch eine Wahlmöglichkeit, sofern mehrere Gerichtsstände eröffnet sind. Ansonsten ist das Gericht zuständig, bei dem bereits die Hauptsache anhängig ist.

Entsprechende ausführliche Regelungen enthalten Art. 669-*ter* c.p.c. für die Zuständigkeit vor Anhängigkeit der Hauptsache und Art. 669-*quater* c.p.c. für die Zuständigkeit bei Anhängigkeit der Hauptsache⁸²¹. Sachlich zuständig ist bei Verbraucherverträgen das Tribunale⁸²². Während nach Art. 669-*ter* und Art. 669-*quater* c.p.c. grundsätzlich das Gericht der Hauptsache bzw. bei dem die Hauptsache bereits anhängig ist auch für die einstweilige Verfügung zuständig ist, bestimmen Art. 669-*ter* Abs. 2 c.p.c. und Art. 669-*quater* Abs. 3 c.p.c. für den Fall der Zuständigkeit des *conciliatore*⁸²³ die abweichende Zuständigkeit nur für das einstweilige Verfügungsverfahren des *tribunale* des Gerichtsbezirks, dem der *giudice di pace* angehört⁸²⁴.

⁸²⁰ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 14 AGBG, Rn. 9

⁸²¹ Bei den Art. 669-*bis* ff. c.p.c. handelt es sich um eine einheitliche Regelung für alle vorläufigen Verfahren im Rahmen des Anwendungsbereichs von c.c., c.p.c. und Spezialgesetzen, die erst 1990 in den c.p.c. eingefügt wurde, um die bis dahin bestehenden einzelnen und von einander abweichenden Verfahren zu vereinheitlichen. Vgl. Luiso, Vol. IV, S. 162

⁸²² Die sachliche Zuständigkeit für AGB im Rahmen von Verbraucherverträgen ergibt sich nicht nur bereits aus Art. 9 c.p.c., sondern auch aus der besonderen Regelung der Art. 669-*ter* und Art. 669-*quater* c.p.c., die, abgesehen von Spezialgesetzen, im Bereich des c.p.c. nur das Tribunale als zuständiges Gericht bestimmen. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich, wie beim Gericht der Hauptsache auch, aus den Art. 18 ff. c.p.c.

⁸²³ Der im Gesetzestext verwendete Begriff des *conciliatore* ist eigentlich falsch, da dieser im Rahmen der Prozessrechtsreform durch den *giudice di pace* (Art. 7 c.p.c.) ersetzt wurde.

⁸²⁴ Art. 669-*ter* Abs. 3 c.p.c. und Art. 669-*quater* Abs. 2 c.p.c. bestimmen nicht nur das zuständige Gericht, sondern innerhalb des Gerichts auch den zuständigen Richter. Das ist normalerweise derselbe der auch das

2. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

Der nach Art. 669-*bis* Abs. 1 c.p.c., aber auch nach §§ 935, 936, 920 ZPO in Deutschland an das zuständige Gericht zu stellende Antrag bzw. *ricorso* muss Ausführungen zum Verfügungsgrund (*periculum in mora*) und zum Verfügungsanspruch (*fumus boni iuris*) enthalten sowie, sofern noch nicht das Hauptverfahren anhängig ist, Ausführungen zum materiellen Recht, für das einstweiliger Rechtsschutz begehrt wird⁸²⁵.

In Deutschland sind Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nach den allgemeinen Regelungen der ZPO darzulegen und glaubhaft zu machen (§§ 935, 936, 920 Abs. 2 ZPO). Verfügungsanspruch ist der den Verbraucherverbänden durch § 13 Abs. 2 AGBG verliehene Unterlassungsanspruch⁸²⁶. Neben der Darlegung der Unwirksamkeit verlangt der Anspruch die Darlegung und Glaubhaftmachung der tatsächlichen Verwendung oder Empfehlung der AGB. Die Darlegung wird in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten, da der Verbraucherverband erst durch die Verwendung der AGB oder deren Empfehlung auf diese aufmerksam geworden ist. Auch die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) wird ebenfalls keine Schwierigkeiten bereiten, da sie keinen Vollbeweis, sondern lediglich eine Wahrscheinlichkeitsfeststellung durch das Gericht verlangt⁸²⁷. Das Beweismaß ist gegenüber dem Vollbeweis reduziert. Es reicht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit aus, die konkret von der zu treffenden Entscheidung abhängig zu machen ist. Die gesetzlichen Vorschriften über die Beweisaufnahme gelten deshalb nicht mehr. Vielmehr können alle Beweismittel und auch die Versicherung an Eides Statt benutzt werden, solange diese präsent sind (§ 294 ZPO).

bereits anhängige Erkenntnisverfahren der Hauptsache durchführt. Für den Fall, dass noch kein Richter bestimmt ist, der Rechtsstreit ausgesetzt oder unterbrochen ist, ist jedoch der Antrag an den Präsidenten zu richten, der unverzüglich einen zuständigen Richter bestimmt. Die Bestimmung erfolgt auch durch den Präsidenten nach Anlegung der Gerichtsakte, wenn noch kein Verfahren in der Hauptsache anhängig ist.

Diese Regelungen muten für deutsche Verhältnisse merkwürdig an, da zum einen die ZPO keine Regelungen zur Verteilung des Geschäftsplanes vorsieht, zum anderen keine Bestimmung im jeweils konkreten Fall ergeht, sondern der Geschäftsverteilungsplan am Anfang eines Jahres im voraus festgelegt wird (§§ 21 e, 21 g GVG). Interessant ist auch, dass Art. 669-*ter* Abs. 3 c.p.c. und Art. 669-*quater* Abs. 5 c.p.c. Regelungen für die internationale Zuständigkeit italienischer Gerichte trifft, wenn sich der Gerichtsstand der Hauptsache im Ausland befindet. In Deutschland kann man nach den Regelungen der §§ 937, 943 ZPO keinen internationalen Gerichtsstand für das einstweilige Verfügungsverfahren begründen, wenn sich der Gerichtsstand der Hauptsache ausschließlich im Ausland befindet.

⁸²⁵ Luiso, Vol. IV, S. 163; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 935, Rn. 4, 8, 10

⁸²⁶ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 13

⁸²⁷ Zöller/Greger, ZPO, § 294, Rn. 1, 6

Auch der Verfügungsgrund, die Dringlichkeit der Entscheidung, muss dargelegt und wie der Anspruch glaubhaft gemacht werden⁸²⁸. Wann Dringlichkeit bejaht werden kann, ist streitig. Nach der am weitestgehenden Ansicht ergibt sich die Dringlichkeit aus der Natur der Sache, da die Verwendung unwirksamer AGB eine Störung des Rechtsfriedens darstellt, der durch die einstweilige Verfügung so schnell wie möglich wiederhergestellt wird⁸²⁹. Eine Mittelansicht sieht das Tatbestandsmerkmal der Dringlichkeit nur als erfüllt an, wenn es sich bei der Verwendung von unwirksamen AGB um Verstöße von einigem Gewicht handelt⁸³⁰. Schließlich sind einige der Ansicht, dass die AGB inhaltlich grob unbillig sein oder eine besonders breite und unübersehbare Auswirkung haben müssen⁸³¹.

Die letzten beiden Ansichten lehnen eine Dringlichkeit aus der Natur der Sache unter Hinweis auf das Wettbewerbsrecht ab. Damit sei praktisch eine § 25 UWG entsprechende Regelung, eine Vermutung für das Bestehen des Verfügungsgrundes, gegeben, die der Gesetzgeber, wie aus dem Gesetzgebungsverfahren deutlich wurde, gerade nicht wollte⁸³². Dies bestreitet die erste Ansicht nicht. Jedoch sieht diese in der Forderung von Verstößen von einigem Gewicht zusätzliche Bedingungen, die über die allgemeinen Anforderungen der §§ 935, 940 ZPO hinausgehen und für die es keine besondere Rechtfertigung gebe, zumal der Gesetzgeber einen möglichst weitgehenden Anwendungsbereich für die einstweilige Verfügung auf Unterlassung von Verwendung und Empfehlung eröffnet sehen wollte⁸³³. Die Rechtsprechung ist sich ebenfalls uneinig. Teilweise

⁸²⁸ Die h. M. geht davon aus, dass selbst § 25 UWG keine Vermutung für eine besondere Dringlichkeit begründet, vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, § 937, Rn. 2.

⁸²⁹ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 19, die die Dringlichkeit jedoch dann ausschließen, wenn keine gewichtige Störung vorliegt, weil z.B. nur ganz wenige die Klauseln gegenüber wenigen Personen verwenden.

⁸³⁰ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 13 AGBG, Rn. 123

⁸³¹ Münchener Kommentar, BGB, 3. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 27, wobei aus den Ausführungen nicht klar hervorgeht, ob nicht doch mit diesen Ausführungen die Linie der vermittelnden Ansicht vertreten wird. Als Beispiel für einen Unterlassungsanspruch im Rahmen einer einstweiligen Verfügung wird die Veröffentlichung einer Empfehlung von unwirksamen AGB angegeben.

⁸³² Der Vorstoß des Bundesrates im Jahre 1976, eine § 25 UWG nachgebildete Regelung ins AGBG einzufügen scheiterte (BT-Drucksache 7/3617, S. 4).

⁸³³ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 10, 15

folgt sie der ersten Ansicht, teilweise setzt sie unterschiedlich strenge Maßstäbe⁸³⁴.

Nachdem das AGBG für das einstweilige Verfügungsverfahren keine Bestimmungen enthält, sollte man auch für die Frage der Dringlichkeit einer einstweiligen Verfügung im Rahmen der Verbandsklage nach dem AGBG die allgemeinen Bestimmungen der ZPO zugrunde legen. Nach §§ 935, 940 ZPO wird vorausgesetzt, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert wird bzw. eine Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen erforderlich erscheint⁸³⁵. Nun passen diese gesetzliche Bestimmungen nicht unmittelbar auf den Unterlassungsanspruch, der jedoch auch zu den mit der einstweiligen Verfügung durchzusetzenden Ansprüchen gerechnet wird. Jedoch sind auf diesen die Grundsätze der §§ 935, 940 ZPO entsprechend anzuwenden. Danach muss die Notwendigkeit bestehen, eine sofortige Entscheidung zu erlassen, da ansonsten ein Zustand fortbestehen würde, der die Gefahr weiterer nicht unerheblicher Rechtsbeeinträchtigungen zur Folge hätte, vor denen der Antragsteller (bzw. die Verbraucher) geschützt werden soll. Diese Situation ist aber schon bei der Verwendung und Empfehlung von unwirksamen AGB gegeben, da jede weitere Benutzung der unwirksamen AGB zu weiteren nicht unerheblichen Rechtsbeeinträchtigungen der Verbraucher führt. Es muss also eine Gefahr bestehen, dass die unwirksamen AGB in einem derartigen Maße verwandt werden, dass ein Abwarten eines Klageverfahrens nicht möglich ist, weil zu viele Verträge geschlossen würden, die nicht mehr Rechtsschutz aus dem Verbandsklageverfahren herleiten können, sondern auf Individualverfahren angewiesen wären, bei denen die Anwendung von § 21 AGBG ausgeschlossen ist und somit zu unterschiedlichen Ergebnissen führen

⁸³⁴ OLG Frankfurt, NJW 1989, 1489 folgt der vermittelnden Ansicht, während das OLG Düsseldorf, NJW 1989, 1487 ff., im Grunde ein einstweiliges Verfügungsverfahren mangels Dringlichkeit ablehnt, weil im Hauptsacheverfahren nach §§ 13 ff. AGBG eine schnelle und umfassend erörterte Entscheidung erreicht werden können. Es bestehe keine Gefahr wesentlicher Nachteile bei Durchführung des Klageverfahrens.

⁸³⁵ Es ist streitig, ob die Unterlassungsverfügung der Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO oder dem Unterfall von § 940 ZPO, der Leistungsverfügung, zuzurechnen ist, weil sie ebenfalls zur Befriedigung des Unterlassungsanspruchs führt. Zöller/Vollkommer, ZPO, § 940, Rn. 1, ordnet die Unterlassungsverfügung aufgrund ihres abwehrenden Charakters eher als Sicherungsverfügung ein. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 935, Rn. 3 und Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 940 ZPO, Rn. 1, sind der Auffassung, dass eine

könnte. Denn nach § 21 AGBG können sich Verbraucher gegenüber dem Unternehmer auf das Urteils aus dem Verbandsklageverfahren stützen, wenn der Unternehmer nach Eintritt der Rechtskraft die für unwirksam erklärte Klausel gegenüber dem klagenden Verbraucher benutzt hat. Bei einer Verwendung oder Empfehlung vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils kann sich der Verbraucher nicht auf § 21 AGBG berufen. Es muss jedoch in Situationen, in denen die Interessen des Verbraucherschutzes die des Unternehmers erheblich überwiegen, Schutzmechanismen geben, die größeren Schaden abwenden. Dies kann dann nur im Wege einer einstweiligen Verfügung erfolgen⁸³⁶.

Damit kann festgehalten werden, dass ein Verfügungsgrund bereits mit der Verwendung oder Empfehlung von unwirksamen AGB besteht. Zur Vermeidung des Missbrauchs des Verfahrens der einstweiligen Verfügung muss die Verwendung oder Empfehlung eine derartige Breitenwirkung haben, dass ein Verbandsklageverfahren nicht mehr abgewartet werden kann. Damit sind die unwirksamen AGB an sich bereits ein Verfügungsgrund, hinzukommen muss jedoch ein quantitatives Element in Bezug auf die Gefahr der Verwendung. Der Empfehlung ist eigentlich dieses Element immanent.

Betrachtet man nun die oben dargestellten Ansichten, stellt man eine Übereinstimmung mit der weitesten Ansicht fest. Nach dieser besteht der Verfügungsgrund, wenn ein Verfügungsanspruch gegeben ist. Gleichzeitig verneint sie aber diesen bei Anträgen gegen „Kleinstverwender“⁸³⁷. Aber auch die vermittelnde Ansicht fordert einen Verstoß von einigem Gewicht, der dann angenommen wird, wenn die weitere Verwendung eine breite und unübersehbare Wirkung hat⁸³⁸. Damit stimmen beide Ansichten im Ergebnis überein. Nichts anderes gilt für die dritte Ansicht. Es handelt sich damit um einen Streit um Worte und nicht um Inhalte, der auch in der Praxis wenig

Abgrenzung zwischen § 935 ZPO und § 940 ZPO unsicher und auch unerheblich ist, da in beiden Fälle §§ 936-939 ZPO Anwendung finden.

⁸³⁶ Ein solcher Fall lag einer Entscheidung des OLG Hamm (OLG Hamm, EWiR 1986, 219) zugrunde, bei dem ein Verbraucherverband gegen den Veranstalter eines Open-Air-Konzertes eine einstweilige Verfügung beantragte, weil in dessen AGB ein Haftungsausschluss beinhaltet war. Das OLG Hamm hat den Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt, was allgemeine heftige Kritik hervorgerufen hat, da allerseits hier der Präzedenzfall für eine einstweilige Verfügung gesehen wurde.

⁸³⁷ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 15

⁸³⁸ OLG Frankfurt, NJW 1989, 1489, welches einen Verstoß mit erheblichem Gewicht fordert.

Relevanz hat, zumal es sich, sofern die Gerichte ein einstweiliges Verfügungsverfahren nicht grundsätzlich ablehnten⁸³⁹, stets um unwirksame Klauseln mit erheblichem Breitenwirkungsgrad handelte⁸⁴⁰.

Auch in Italien hat die Regelung des Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. Fragen aufgeworfen. Denn dieser bestimmt, dass bei Vorliegen berechtigter Dringlichkeitsgründe (*giusti motivi di urgenza*) nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften für einstweiligen Rechtsschutz (Art. 669-*bis* ff. c.p.c.) ein Unterlassungsanspruch gewährt werden kann.

Während in Deutschland die allgemeinen Regelungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens entsprechend angewandt werden, stellt Art. 1469-*sexies* c.c. eine für den Anwendungsbereich der missbräuchlichen Klauseln eigene Regelung dar. Art. 700 c.p.c., der ansonsten das einstweilige Verfügungsverfahren regelt, ist hier nicht anwendbar, da er auf Individualansprüche gerichtet ist, und somit eine ganz andere Interessenabwägung vornimmt, als es für das abstrakt-generelle Verbandsklageverfahren erforderlich ist. Trotzdem handelt es sich auch bei Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. um eine einstweilige Verfügung.

Der Verfügungsanspruch (*fumus boni iuris*) ist wie im deutschen Recht die Verwendung der missbräuchlichen AGB (Art. 1469-*sexies* Abs. 1 und 2 c.c.). Verfügungsgründe (*periculum in mora*) sind, wie bereits ausgeführt, berechnete Dringlichkeitsgründe (*giusti motivi di urgenza*) (Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c.). Rechtliche Probleme ergaben sich wie in Deutschland nicht aus dem Anspruch, sondern aus dem Verfügungsgrund. Dessen Voraussetzungen waren mangels gesetzlicher Bestimmung und bestehender Parallelfälle völlig unklar⁸⁴¹. Die Rechtsprechung zu diesem

⁸³⁹ Z.B. OLG Düsseldorf, BB 1978, 1433

⁸⁴⁰ Unschädlich für das Eilverfahren ist, dass bereits über einige, jedoch nicht zu lange Zeit Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klauseln besteht, solange nicht die Beteiligten im Vorfeld ausführlich über die Unterlassung der Verwendung gestritten haben; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 7; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 20

⁸⁴¹ Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 418 hält die Regelung in Art. 1469-*sexies* Abs. 2 für überflüssig, da die Zivilprozessordnung in Art. 669-*bis* ff. allgemein ein einstweiliges Verfügungsverfahren vorsieht. Hingegen ist Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 454 der Auffassung, dass der Gesetzgeber mit Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. eine neue Regelung schaffen wollte, die zum einen das kollektive Element zum Gegenstand hat, zum anderen durch die Voraussetzung eines Dringlichkeitsgrundes einen leichteren Zugang zu dem Verfahren eröffnen wollte als nach Art. 700 c.p.c. Diese Auffassung bestätigt auch der Beschluss des Tribunale von Palermo vom 22.10.1997 (Guida al diritto 1998, Nr. 1, S. 55 ff.), das ausführt, dass im Falle von Art. 1469-*sexies* Abs. 2 c.c. gerade nicht die Voraussetzung des *periculum in mora* gemäß Art. 700 c.p.c. gegeben sein muss, sondern ein grundlegendes Recht einer Person verletzt wird sowie von Seiten des

Tatbestandsmerkmal ist daher sehr unterschiedlich. Grundsätzlich kann aber festgehalten werden, dass bei Bestehen des Verfügungsanspruchs der Verfügungsgrund nicht aus der Natur der Sache folgt, sondern besondere Gründe von den Gerichten gefordert werden, die die Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens anstelle einer Unterlassungsklage rechtfertigen. Der Unterlassungsanspruch beinhaltet auch nach italienischem Recht keine Vermutung für eine tatsächliche oder potentielle Gefahr⁸⁴². Auch hier soll dem Missbrauch des einstweiligen Verfügungsverfahrens ein Riegel vorgeschoben werden⁸⁴³.

Die geforderten besonderen Gründen werden von den Gerichten sehr unterschiedlich bewertet, wie Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen.

Das Tribunale von Rom⁸⁴⁴ hat in seiner Entscheidung bezüglich der Missbräuchlichkeit von Klauseln im Reglement der nationalen Fußballwette *Totogol* einen besonderen Dringlichkeitsgrund in der weit verbreiteten Teilnahme von Verbrauchern an diesem Spiel gesehen. Das Tribunale hat dabei wie in Deutschland zunächst auf die Breitenwirkung der AGB abgestellt. Im Beschwerdeverfahren hat das Tribunale von Rom dann die Breitenwirkung als nicht mehr ausreichend angesehen, sondern die mögliche Verletzung von wichtigen bzw. fundamentalen Rechten der Verbraucher, wie die Gefährdung des Lebens und der Gesundheit, durch die AGB als Voraussetzung für eine einstweilige Verfügung gefordert⁸⁴⁵.

Das Tribunale von Rom hat ein Jahr später seine Entscheidung bestätigt, indem es ausführt, dass es nicht auf die quantitative Bewertung ankommt, also wie viele Verbraucher betroffen sind, sondern ob grundlegende Rechte des Verbrauchers (Recht auf Leben, Gesundheit, freie Bewegung etc.) gefährdet sind⁸⁴⁶.

Unternehmers eine Monopolstellung besteht. Ein Überblick über die Rechtsprechung hierzu bei Cian/Trabucchi, *Complemento giurisdizionale*, Art. 1469-*sexies* c.c., Anm. VII

⁸⁴² Vgl. Tribunale von Palermo, Beschluss vom 17./22.10.1997, *Il sole* 24 ore 1998, Nr. 1, S. 55, 61

⁸⁴³ Angesichts der in der Regel sehr langen Verfahrensdauer in Italien erscheint den Verbraucherverbänden das einstweilige Verfügungsverfahren daher eine Möglichkeit diese abzukürzen. Die Zahl der eingeleiteten Verfahren lässt diese Vermutung nicht von der Hand weisen. Jedoch ist die lange Verfahrensdauer kein Grund für ein einstweiliges Verfügungsverfahren, wie die Rechtsprechung zeigt.

⁸⁴⁴ Beschluss vom 31.07./02.08.1997, *Il sole* 24 ore 1997, Nr. 40, S. 54 ff.

⁸⁴⁵ Beschluss vom 20./22.08.1997, *Il sole* 24 ore 1997, Nr. 40, S. 57 ff.

⁸⁴⁶ Beschluss vom 27.07.1998, *Il foro italiano* 1998, 3332 ff.; in diesem Sinne ebenfalls der Beschluss des Tribunale von Rom vom 14.10.1998, nach welchem ein Dringlichkeitsgrund nur dann als gegeben

Anders die Entscheidung des Tribunale von Palermo⁸⁴⁷. Das Tribunale, welches in der einstweiligen Verfügung den Zweck sieht, die Einbeziehung von AGB in Verträge mit einzelnen Verbrauchern zu verhindern, hat im Fall eines Unternehmens, welches eine Monopol- bzw. Oligopolstellung inne hat, zum einen auf eine weitere Verbreitung der Klauseln in Verbraucherverträgen aufgrund der wirtschaftlichen Stellung des Unternehmens abgestellt. Zum anderen forderte es jedoch auch, dass ein grundlegendes Recht, wie die Freiheit der Person, betroffen sei.

Auch anderen Entscheidungen zu einstweiligen Verfügungen⁸⁴⁸ zeigen, dass die Gerichte durchweg alle, bis auf Ausnahmen, einen besonderen Grund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung verlangen. Es muss ein grundlegendes Recht des Verbrauchers, wie das Recht auf Leben, Gesundheit oder persönliche Freiheit betroffen sein, welches es zu schützen gilt. Anders als bei der „normalen“ einstweiligen Verfügung nach Art. 700 c.p.c. kommt es hier nicht auf die konkrete Interessenabwägung der Prozessparteien an, sondern auf die generell-abstrakte Gefährdung eines Primärrechts von Verbrauchern, was ein unmittelbares Eingreifen verlangt, um diese vor einer weiteren Verbreitung der AGB zu schützen. Durch die Voraussetzung, dass ein grundlegendes Recht gefährdet sein muss, wurde indirekt bereits eine Interessenabwägung getroffen, da grundlegende Rechte in der Regel höher zu bewerten sind als wirtschaftliche Interessen.

Insofern werden an den Verfügungsgrund in Italien weitaus höhere Bedingungen gestellt als in Deutschland, da eine Breitenwirkung in der Regel gegeben ist, während Primärrechte nicht immer betroffen sind. Damit soll die einstweilige Verfügung nur in Ausnahmefällen eingreifen. Die hochgeschraubten Anforderungen an den Verfügungsgrund dienen aber auch der Verhinderung eines möglichen Missbrauchs dieses Verfahrens (Erlangung einer schnellen vorläufig vollstreckbaren Entscheidung statt Abwarten einer langwierigen Hauptsacheentscheidung). Ob diese strenge Haltung von der Rechtsprechung aufrechterhalten wird, wird die

angenommen werden kann, wenn Klauseln in Verträgen betroffen sind, die für das Leben wichtige Güter oder Dienstleistungen zum Inhalt haben.

⁸⁴⁷ Beschluss vom 17./22.10.1997, Il sole 24 ore 1998, Nr. 1, S. 55 ff.

⁸⁴⁸ Cian/Trabucchi, Complemento giurisprudenziale, Art. 1469-*sexies*, Anm. VII und VIII

Entwicklung zeigen. In Deutschland wurde die in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des AGBG von einigen Gerichten vertretene Ansicht, dass ein einstweiliges Verfügungsverfahren nicht zulässig sei, da besserer Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren zu erlangen sei, in den achtziger Jahren aufgegeben⁸⁴⁹. Auch die gestellten Anforderungen wurden mit zunehmenden Jahren weiter auf die heutigen Voraussetzungen zurückgeschraubt. Dies mag auch daran gelegen haben, dass man erkannt hat, dass das einstweilige Verfügungsverfahren in der Praxis keine große Rolle spielt, da in der Regel direkt Klage erhoben wird, wenn die Angelegenheit nicht außergerichtlich beigelegt wird. Es könnte daher sein, dass sich auch in Italien eine ähnliche Entwicklung vollziehen wird.

In Bezug auf die beweisrechtlichen Fragen gibt es keine besondere gesetzliche Regelung in den Art. 669-*bis* ff. c.p.c. Art. 669-*sexies* c.p.c. bestimmt lediglich, dass das Gericht nach der Art und Weise verfahren soll, die es für den Erlass der Entscheidung opportun hält. Dies bedeutet, dass das Gericht weder die Ausführungen des Antrags für bare Münze nehmen darf, noch eine regelrechte Beweisaufnahme durchführen kann. Es hat stattdessen eine Art Beweisaufnahme stattzufinden, wie sie das Gericht für erforderlich erachtet⁸⁵⁰. Dabei können auch atypische Beweismittel verwendet werden. In Bezug auf das Beweismaß muss davon auszugehen sein, dass das Gericht, wie in Deutschland, nicht den Vollbeweis verlangen kann. Es reicht vielmehr aus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung für wahrscheinlich erachtet werden⁸⁵¹.

3. Verfahrensablauf

Sowohl in Deutschland als auch in Italien hat das Gericht nach Eingang und Prüfung des Antrags zwei Möglichkeiten, wie es weiter verfahren will, wenn es den Antrag nicht gleich als unzulässig oder unbegründet zurückweist.

⁸⁴⁹ So z.B. zunächst OLG Düsseldorf, NJW 1978, 2512 ff.; aufgegeben in NJW 1989, 1487 ff.

⁸⁵⁰ Luiso, Vol. IV, S. 169

⁸⁵¹ Tribunale von Brescia, Beschluss vom 13.10.1993, Il foro italiano 1994, I, 604

Gemäß § 937 Abs. 2 ZPO, aber auch nach Art. 669-*sexies* Abs. 2 c.p.c. kann das Gericht in besonders dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung die einstweilige Verfügung erlassen. Dies sind nur Fälle, in denen der Termin einer mündlichen Verhandlung nicht abgewartet werden kann, weil der Antragsteller ansonsten Gefahr läuft, seinen Anspruch sofort zu verlieren oder ein Abwarten den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden würde⁸⁵². Dieser besondere Dringlichkeitsgrund, der zusätzlich zum Verfügungsgrund bestehen muss, ist in Deutschland glaubhaft zu machen (§ 294 ZPO). Auch in Italien muss dem Gericht dieser besondere Dringlichkeitsgrund, wie die anderen Voraussetzungen auch, dargelegt und unter Beweis gestellt werden. In der Praxis wird es kaum einen Fall geben, bei dem bei Vorliegen eines Dringlichkeitsgrund eine einstweilige Verfügung mündliche Verhandlung erlassen wird. Die Unterlassung der Verwendung von missbräuchlichen AGB lässt an keinen derartigen Dringlichkeitsgrund denken, so dass grundsätzlich eine mündliche Verhandlung anberaumt wird (s. u.)⁸⁵³.

Während in Italien mit dem Beschluss der einstweiligen Verfügung das Gericht gleichzeitig den Termin für eine mündliche Verhandlung innerhalb von fünfzehn Tagen und Zustellung durch die Partei innerhalb von acht Tagen bestimmt, um die einstweilige Verfügung nach Anhörung der Parteien zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben (Art. 669-*sexies* Abs. 2 c.p.c.), erlässt in Deutschland das Gericht die einstweilige Verfügung, welche anders als im Hauptsacheverfahren dem Antragsteller zugestellt wird, der nun selbst, wie in Italien, dem Gegner die einstweilige Verfügung zustellen lassen muss (§§ 936, 922 ZPO). Nur wenn der Gegner gegen die einstweilige Verfügung einen begründeten Widerspruch zur deren Aufhebung einlegt (§§ 936, 924 ZPO), bestimmt das Gericht Termin zur mündlichen Verhandlung, in der die einstweilige Verfügung auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft wird. Durch Endurteil kann das Gericht dann wie in Italien den Beschluss bestätigen, abändern oder aufheben (§§ 936, 925

⁸⁵² Luiso, Vol. IV, S. 168 f.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 937, Rn. 2

⁸⁵³ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 17; auch die zuvor zitierten italienischen Entscheidungen sind aufgrund mündlicher Verhandlung ergangen.

ZPO). Überprüft also in Italien das Gericht von Amts wegen seine Entscheidung, so geschieht dies in Deutschland nur auf Betreiben der Partei.

Ist kein besonderer Dringlichkeitsgrund gegeben, so beraumt das Gericht eine mündliche Verhandlung an, an deren Ende es in Deutschland mit Urteil (§§ 936, 922 ZPO), in Italien mit Beschluss (Art. 669-*sexies* Abs. 1 c.p.c.) über den Erlass der einstweiligen Verfügung entscheidet. Sofern noch keine Hauptsache anhängig ist, verfügt das Gericht in Italien von Amts wegen den Beginn der Hauptsache innerhalb von 30 Tagen, während in Deutschland das Gericht nur auf Antrag eine Frist zu Klageerhebung bestimmt (§§ 936, 936 ZPO)⁸⁵⁴.

4. Bedeutung des einstweiligen Verfügungsverfahrens in der Praxis

Während in Deutschland im Bereich des AGBG dem einstweiligen Verfügungsverfahren keine Bedeutung zukommt⁸⁵⁵, scheinen die Verbraucherverbände in Italien derzeit vornehmlich auf dem Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen, wohl in dem Versuch, die sehr lange Verfahrensdauer bei italienischen Zivilprozessen abzukürzen. Die Praxis zeigt aber auch, dass einige dieser einstweiligen Verfügungen umgehend im sich anschließenden Beschwerdeverfahren nach Art. 669 c.c. aufgehoben werden und somit nicht den gewünschten Bestand haben. Bei Bestand der einstweiligen Verfügung ist das Eilverfahrens ein wichtiges Mittel für den Verbraucherschutz (Art. 8), um ggf. die lange Verfahrensdauer eines Hauptsacheverfahrens, während der die Klauseln als gültig fortbestehen, nicht zu einem Mittel des Unternehmers werden zu lassen⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ Unabhängig vom Thema Verbraucherschutz, sondern ganz allgemein, ergehen in Italien einstweilige Verfügungen in der Regel erst nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung (vgl. Luiso, Vol. IV, S. 168), während in der deutschen Praxis ein Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung in den meisten Fällen üblich ist. Hingegen ist bei einer einstweiligen Verfügung im Rahmen des Verbandsklageverfahrens nach dem AGBG ein besonders dringender Fall, bei dem eine einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung zu ergehen hat, wohl eher nicht gegeben, so dass eine mündliche Verhandlung in der Regel anberaumt werden wird.

⁸⁵⁵ Nach Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15 AGBG, Rn. 10 sind in den letzten Jahren überhaupt keine derartigen Verfahren durchgeführt worden.

⁸⁵⁶ Durch das Eilverfahren wird kurzfristig eine Entscheidung erlassen, die für das sich zwingend anschließende Hauptverfahren (Art. 669-*octies* c.p.c.) maßgebend und bis zum Abschluss des Hauptverfahrens gültig ist. Vgl. zum einstweiligen Verfügungsverfahren Luiso, Vol. IV, S. 154 f.

VII. Ergebnis

Im Verbandsklageverfahren spielt im Gegensatz zum Individualverfahren die Verteilung der Beweislast eine weniger große Rolle, da neben den prozessualen Problemen die Inhaltskontrolle hauptsächlich in Beantwortung der Rechtsfrage besteht, ob die Klauseln nach Art. 1469-*bis* c.c. missbräuchlich bzw. nach §§ 9 – 11 AGBG unwirksam sind. Die im Individualverfahren aufgeworfenen Probleme bezüglich der Art. 1469-*ter* ff. c.c. und §§ 1, 24 a AGBG, insbesondere bezüglich der Individualvereinbarungen, spielen hier überhaupt keine Rolle. Wichtige Fragen der Verbandsklage sind im prozessualen Bereich die Legitimierung der Parteien sowie die Wirkung des Urteils.

TEIL 6 - SCHLUSSBETRACHTUNG

Die vorstehenden Ausführungen haben die Parallelen und Unterschiede der beiden Rechtsordnungen aufgezeigt.

Im Beweisrecht gab es im 19./20. Jahrhundert eine Auseinanderentwicklung, die insbesondere durch die in der letzten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte deutsche Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis ihren Ausdruck gefunden hat. Trotzdem ist der bei den tatsächlichen Vermutungen zu suchende Ursprung nicht zu übersehen. Bei den vom italienischen Gesetz vorgegebenen Kriterien für eine tatsächliche Vermutung (Art. 2729 c.c.) ist der typische Geschehensablauf, wie beim Anscheinsbeweis, nicht zwingend gefordert, so dass hier für den Bereich der Beweiswürdigung ein Unterschied bestehen kann.

Hingegen besteht kein Unterschied für die Rechtsinstitute der widerlegbaren und unwiderlegbaren Vermutung. Während in Deutschland die gesetzlichen Vermutungen zur Einflussnahme auf die Beweislast weniger verwendet werden und stattdessen eher Beweislastregeln ist in Italien die Vermutung nicht nur im Gesetz weiter verbreitet. Auch die italienische Literatur, wie auch die Ausführungen zum Umsetzungsgesetz der Richtlinie gezeigt haben, sieht oft Vermutungen in gesetzlichen Regelungen, die nicht ausdrücklich eine Vermutung darstellen.

Aufgrund der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen waren bezüglich der Umsetzungsgesetze sowohl Übereinstimmungen als auch Unterschiede zu erwarten gewesen. Unterschiede bestehen insbesondere aufgrund der bereits existierenden Konzeption des AGBG, in die nur geringfügig eingegriffen werden sollte, während in Italien mangels bestehender Vorschriften die Richtlinie vollständig umgesetzt werden musste. Die eigene Konzeption des italienischen Gesetzgebers weicht nicht nur von der Richtlinie, sondern auch von der deutschen Umsetzung ab. Dies gilt vor allem für den sachlichen Anwendungsbereich. Während das deutsche Gesetz nach dem Ausschlussprinzip arbeitet, wird nach dem italienischen Gesetz die

Missbräuchlichkeit aller Klauseln, insbesondere individuell ausgehandelter Klauseln verneint.

Geringfügiger sind hingegen die Unterschiede der Regelungen der Inhaltskontrolle, die inhaltlich viele Parallelen aufweisen. Dies gilt insbesondere für das Verständnis der Generalklausel, welche sich an § 9 AGBG zusammen mit der Vorgabe, die Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen, orientiert. Die Klausellisten weichen nicht nur inhaltlich, sondern auch konzeptionell voneinander ab. Die italienische Regelung beinhaltet eine Vermutung der Missbräuchlichkeit, hingegen sind §§ 10 und 11 AGBG so genannte schwarze Listen. Im deutschen Recht ist eine allgemein formulierte Vermutung nur in § 9 Abs. 2 AGBG zu finden.

Fast gleich ist hingegen der persönliche Anwendungsbereich (Verbrauchervertrag). Hier sind nur Abweichungen in Bezug auf die Behandlung von Arbeitnehmern und auf die Auslegung eines ambivalenten Vertragszweckes festzustellen.

Trotz der unterschiedlichen Konzeption hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs ist die Beweislast zwischen Verbraucher und Unternehmer praktisch in gleicher Weise verteilt. In beiden Rechtsordnungen hat der Unternehmer den Beweis zu erbringen, dass die streitgegenständliche Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde. Damit haben beide Regelungen den in der Richtlinie problematischen Beweis der negativen Tatsache des „nicht im einzelnen ausgehandelt“ und auch die nicht unumstrittene Beweislastregelung des Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie vermieden. Der Verbraucher muss jedoch in Italien nach der hier vertretenen Ansicht, anders als in Deutschland, nicht beweisen, dass es sich um eine AGB oder eine einmalig vorformulierte Klausel handelt. Da dieser Beweis, sofern dies nicht unstreitig ist, in der Regel ohne Schwierigkeiten zu erbringen ist, wird hierdurch der Verbraucher in Deutschland nicht wesentlich benachteiligt.

Im Ergebnis kommt es auf die Rechtsprechung in beiden Ländern an, inwieweit diese sowohl dem Verbraucher als auch dem Unternehmer Beweiserleichterungen im Einzelfall gewährt. Die deutsche Rechtsprechung hat hierzu bereits eine gefestigte Rechtsprechung für die Anwendung von

Anscheins- und Indizienbeweisen entwickelt. Die Entwicklung der italienischen Rechtsprechung steht erst am Anfang und muss deshalb weiter beobachtet werden.

Dies gilt auch für das Verbandsklageverfahren. Hier wird, was sich bislang abgezeichnet hat, viel mehr als in Deutschland die Möglichkeit eines einstweiligen Rechtsschutzes in Anspruch genommen. Ob das Verbandsklageverfahren zum Schutze des Verbrauchers ein fester Bestandteil der gerichtlichen Verfahren wird, hängt in Italien im stärkeren Maße von der staatlichen Zulassung von Verbraucherschutzorganisationen und deren Anspruch und (finanziellen) Möglichkeiten ab, gegen missbräuchliche AGB vorzugehen.

Insgesamt tragen beide Umsetzungsgesetze der Richtlinie und dem von ihr verfolgten Zweck des Verbraucherschutzes Rechnung. Jedoch ist ein Gesetz immer nur so gut, wie es auch angewandt wird.

ANHANG – ÄNDERUNGEN DURCH DAS SCHULDRECHTS-MODERNISIERUNGSGESETZ IN DEUTSCHLAND SOWIE VERGLEICH MIT DEN URSPRÜNGLICHEN UND GEÄNDERTEN BESTIMMUNGEN DES ITALIENISCHEN RECHTS

I. Einleitung

Am 1. Januar 2002 trat in Deutschland das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (kurz Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)⁸⁵⁷ in Kraft, welches das Schuldrecht weitgehend reformierte und hierbei auch das AGB-Gesetz mit einschloss. Da die vorstehenden Kapitel im Laufe des Jahres 2000 abgeschlossen wurden und den damaligen Stand der Literatur und Rechtsprechung wiedergeben, soll in diesem Anhang auf die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hervorgerufenen Änderungen eingegangen und ein vergleichender Blick auf die bestehenden und zwischenzeitlich modifizierten italienischen Regelungen geworfen werden.

II. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde das AGB-Gesetz aufgehoben und der materiellrechtliche Teil des AGB-Gesetzes sowie die Bestimmungen über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich in einen eigens hierfür geschaffenen zweiten Abschnitt in das zweite Buch des BGB eingefügt. Dieser neue Abschnitt mit der Überschrift „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“ enthält nun in den §§ 305 bis 310 BGB in leicht veränderter Form die Regelungen der ehemaligen §§ 1 bis 11 sowie §§ 23 und 24a AGBG. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 13 ff. AGBG wurden durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in ein gesondertes Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen vom 26. November 2001 (kurz Unterlassungsklagegesetz)⁸⁵⁸ überführt.

⁸⁵⁷ BGBl. I, S. 3138 ff.

⁸⁵⁸ BGBl. I, S. 3138, 3173

Konkreten Anlass für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gaben die Umsetzungsverpflichtungen von vier europäischen Richtlinien zum Verbraucherschutzrecht, allen voran die Richtlinie 1999/44/EG (sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)⁸⁵⁹. Handlungsbedarf gaben auch die Richtlinie 2000/35/EG (sog. Zahlungsverzugsrichtlinie)⁸⁶⁰ sowie Teile der Richtlinien 2000/31/EG (sog. E-Commerce-Richtlinie)⁸⁶¹ und 98/27/EG (sog. Unterlassungsklagenrichtlinie)⁸⁶².

Im Diskussionsentwurf des bei der Gesetzgebung federführenden Bundesjustizministeriums vom 4. August 2000 sowie im späteren Regierungsentwurf bzw. Gesetzesentwurf der Abgeordneten der Regierungsfractionen vom 14. Mai 2001⁸⁶³ wurde eine bloße Umsetzung dieser Richtlinien - wie in Italien - aufgrund der fortschreitenden Verselbständigung von Sondergesetzen und der damit verbundenen Verschärfung der strukturellen Mängel des geltenden Schuldrechts als nicht vertretbar erachtet⁸⁶⁴. Das Bundesjustizministerium setzte von Anfang an auf die sog. große Lösung⁸⁶⁵, die Umsetzung der Richtlinien verbunden mit der gleichzeitigen Reform des Schuldrechts. Nicht nur eine Umgestaltung und Verbesserung des Leistungsstörungen-, Mängelgewährleistungs- und Verjährungsrechts, sondern auch die Integration des AGB-Gesetzes und der

⁸⁵⁹ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG L 171 vom 7. Juli 1999, S. 12 - 16)

⁸⁶⁰ Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr (ABl. EG L 200 vom 8. August 2000, S. 35 - 38)

⁸⁶¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG L 178 vom 17. Juli 2000, S. 1 - 16)

⁸⁶² Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen (ABl. EG L 166 vom 1. Juni 1998, S. 51 - 55)

⁸⁶³ Gesetzentwurf der Abgeordneten Alfred Hartenbach, Hermann Bachmaier u. a. und der Fraktion der SPD sowie der Abgeordneten Volker Beck, Grietje Bettin u. a. und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 14. Mai 2001, BT-Drucksache 14/6040, auf welchen im Folgenden aufgrund des verwirrenden Gesetzgebungsverfahrens abgestellt werden soll. Dieses Gesetzgebungsverfahren war insofern verwirrend, als der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zur Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens parallel zu dem wortgleichen Regierungsentwurf, der dem Bundesrat zur Stellungnahme zugeleitet wurde, „aus der Mitte des Bundestages“ (Art. 76 Abs. 1 GG) in den Bundestag eingebracht wurde. Der mit der Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung versehene Regierungsentwurf (BT-Drucksache 14/6857) wurde am 10. Oktober 2001 für erledigt erklärt (BT-Drucksache 14/7100). Die Vorschläge des Bundesrates flossen in eine zu diesem Entwurf der Regierungsfractionen ergangene Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 25. September 2001 (BT-Drucksache 14/7052) ein, welche in den Fraktionsentwurf implementiert wurde. Der so geänderte Entwurf der Regierungsfractionen wurde dann am 11. Oktober 2001 vom Bundestag als Gesetz verabschiedet. Das nicht zustimmungsbedürftige Gesetz passierte den Bundesrat am 9. November 2001 und trat am 1. Januar 2002 in Kraft.

⁸⁶⁴ BT-Drucksache 14/6040, S. 2; Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2283

⁸⁶⁵ Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 10; Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2281 f.; Dauner-Lieb, DStR 2001, 1572, 1574

verbraucherrechtlichen Sondergesetzen in das BGB war als Bestandteil der Schuldrechtsreform vorgesehen.

Die Ergänzung und Überlagerung des BGB durch das AGB-Gesetz sollte mit dem Ziel der Rechtsvereinheitlichung, Rechtsvereinfachung und Transparenz der Gesetzgebung beseitigt werden sowie der Stärkung des Schuldrechts im BGB dienen. Ferner sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dem AGB-Gesetz aufgrund seiner zentralen Bedeutung für den Rechtsverkehr auch formell der ihm gebührende Platz zuteil werden⁸⁶⁶.

III. Die neuen materiellrechtlichen Vorschriften - § 305 bis § 310 BGB

Im Zuge der Integration der materiell-rechtlichen Vorschriften des alten AGB-Gesetzes in das BGB sind diese nur geringfügig inhaltlich verändert worden⁸⁶⁷. Trotzdem findet man die alten Vorschriften nicht ohne weiteres in den neuen zehn Paragraphen wieder, da die Anzahl der Bestimmungen um vier verringert und die Paragraphenabfolge ebenfalls leicht verändert wurde. So wurden §§ 1 und 2 AGBG zu § 305 Abs. 1 und 2 BGB, §§ 3 und 5 AGBG zu §§ 305 c Abs. 1 und 2 BGB, §§ 8 und 9 AGBG zu §§ 307 Abs. 1, 2 und 3 BGB sowie § 23 Abs. 1 und 2 Nr. 2, 4 nebst §§ 24 und 24a AGBG zu § 310 BGB.

Bedenken, ob die neue Systematik nicht Anlass zu einer neuen systematischen Auslegung geben könnte, scheint der Gesetzgeber nicht gehabt zu haben, wenn er ausführt, dass es sich lediglich um eine teilweise Zusammenfassung handelt⁸⁶⁸, und diese nicht weiter begründet, sondern lediglich bemerkt, dass eine inhaltliche Neuregelung nicht bezweckt sei⁸⁶⁹. Dies lässt darauf schließen, dass eher Platzzerwägungen hier maßgebend gewesen zu sein scheinen als andere Gründe. Dennoch bleibt abzuwarten, inwieweit diese neue Systematik nicht doch die zukünftige Rechtsprechung beeinflussen wird⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ BT-Drucksache 14/6040, S. 79

⁸⁶⁷ Münchener Kommentar/Basedow, BGB, 4. Aufl., Vor § 305, Rn. 17; AnwKom/BGB/Henrichs, vor §§ 305 ff., Rn. 10, 11 und insbesondere die Übersicht in Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Überbl v § 305, Rn. 2 und Anhang a. E.

⁸⁶⁸ BT-Drucksache 14/6040, S. 150

⁸⁶⁹ Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2288; AnwKom/BGB/Henrichs, vor §§ 305 ff., Rn. 10

⁸⁷⁰ Münchener Kommentar/Basedow, BGB, 4. Aufl., Vor § 305, Rn. 17

Die Zusammenfassung von Paragraphen erscheint systematisch und stilistisch nicht immer glücklich und fördert auch nicht die gewünschte Transparenz. § 8 AGBG zum Beispiel findet sich nun in § 307 Abs. 3 BGB an recht versteckter Stelle als Zusatz zur Generalklausel wieder. Da die Vorschrift auch für §§ 308 und 309 BGB gilt, ist sie nicht nur unsystematisch, sondern auch an einer Stelle platziert worden, die ihrer Bedeutung, wie sie auch nochmals von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EG betont wurde, nicht mehr gerecht wird⁸⁷¹.

Dennoch bleibt die Struktur des alten AGB-Gesetzes weiterhin erkennbar, und somit bleiben grundsätzlich auch die bereits beschriebenen Unterschiede zu der sich an die Richtlinie 93/13/EG anlehnenden Vorschriften der Art. 1469-*bis* ff. des italienischen Zivilgesetzbuches bestehen.

Zwar wurden einige Bestimmungen der Richtlinie nun explizit umgesetzt, wie das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Diese wenigen vorgenommen inhaltlichen Änderungen betreffen im Prinzip die ausdrückliche Übernahme von bisherigen Rechtsprechungsinhalten, mit Ausnahme der Regelung, nach der die §§ 305 ff. BGB nunmehr auch auf Individualarbeitsverträge anwendbar sind. Auswirkungen für die Beweislastverteilung ergeben sich hieraus nicht.

Im Folgenden werden die wichtigsten Änderungen kurz aufgezeigt:

1. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Neu in § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB (früher § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG) wurde die Regelung eingefügt, dass der Verwender eine erkennbare körperliche Behinderung der anderen Partei bei der Einbeziehung angemessen berücksichtigen muss. Der Gesetzgeber erachtete diesbezüglich Klarstellungsbedarf, da Rechtsprechung und Lehre nur am Rande den Fall von körperlich behinderten Menschen, insbesondere Sehbehinderten, behandeln würden⁸⁷². Es versteht sich von selbst, dass hierunter nicht jede Sehbeeinträchtigung fällt, sondern nur die schweren Fälle, für die allein

⁸⁷¹ Artz, Jus 2002, 528; Ulmer, JZ 2001, 491, 492

schon das Gebot der Fairness einen derartigen Schutz verlangt⁸⁷³. Dies bedeutet, dass sich die zumutbare Kenntnisverschaffung nicht mehr wie bisher am Durchschnittskunden orientieren darf⁸⁷⁴, sondern im Einzelfall auf die erkennbare besondere Situation des Vertragspartners Rücksicht genommen werden muss, was dazu führen kann, dass die AGB vorgelesen oder in Blindenschrift oder auf einem zu Kenntnisnahme tauglichen Datenträger bereitgehalten und dann übergeben werden müssen⁸⁷⁵.

Die im Regelfall bestehende Beweislast des Verwenders bzw. Unternehmers hinsichtlich der Einbeziehung der Klauseln wird durch den Einschub für diesen speziellen Fall erweitert⁸⁷⁶. Im Prozess hat der Verwender im Rahmen der zumutbaren Kenntnisnahme zusätzlich darzulegen und zu beweisen, dass die Klauseln speziell für den ihn erkennbar Sehbehinderten⁸⁷⁷ lesbar und verständlich waren bzw. andernfalls er die Behinderung nicht erkennen konnte.

Die Art. 1469-*bis* ff. c.c. treffen bekanntlich wie die Richtlinie keine Bestimmungen zur Einbeziehung der Vertragsklauseln. Da § 305 BGB vorrangig für AGB konzipiert ist, bietet sich ein Vergleich mit Art. 1341 c.c. an, der hinsichtlich der Einbeziehung auf die Kenntnisnahme oder alternativ auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme bei ordentlicher Sorgfalt abstellt.

Da es in der Regel der Verwender ist, der sich auf seine AGB beruft (Art. 2697 c.c.), muss er im letzteren Fall darlegen und beweisen, dass er für die geeigneten Kommunikationsmittel Sorge getragen hat, so dass der durchschnittliche Vertragspartner bzw. Verbraucher die Möglichkeit hatte, diese zur Kenntnis zu nehmen und zu verstehen⁸⁷⁸. Ob dieser Grundsatz auch für die speziellen Fälle einer erkennbaren körperlichen Behinderung im

⁸⁷² BT-Drucksache 14/6040, S. 150

⁸⁷³ AnwKom/BGB/Henrichs, § 305, Rn. 8

⁸⁷⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 2 AGBG, Rn. 13

⁸⁷⁵ Artz, Jus 2002, 528, 529; v. Westphalen, NJW 2002, 12, 13; AnwKom/BGB/Henrichs, § 305, Rn. 11; a.A. Koch, WM 2002, 2173, 2174, der die Vorhaltung von AGB in Blindenschrift ablehnt, gleichzeitig aber – und über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehend – eine Bereitstellung einer Brille für Vertragspartner mit lediglich verminderter Sehkraft fordert.

⁸⁷⁶ AnwKom/BGB/Henrichs, § 305, Rn. 11; Schellhammer, Rn. 2089

⁸⁷⁷ Für eine erkennbare rein körperliche Behinderung Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 305, Rn. 40; a.A. AnwKom/BGB/Henrichs, § 305, Rn. 10, der auch Analphabetismus zu den Fällen der Sehbehinderung rechnet.

⁸⁷⁸ Chinè, Contratti di massa, Diritto vigente, Enc. dir. I, S. 416; Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1341, Anm. III, Rn. 4

Sinne von § 305 BGB Anwendung findet, kann bezweifelt werden, da hier eine verschuldete Unkenntnis des Verbrauchers grundsätzlich wohl nicht angenommen werden kann. Ganz sicher jedoch wird diese Frage Gegenstand bei der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Vertragspartner thematisiert, da hier auch die physische Konstitution des Verbrauchers mit ausschlaggebend ist⁸⁷⁹. Die Behinderung des Vertragspartners ist bislang nicht von der italienischen Rechtsprechung und Literatur behandelt worden, da auch der Beweis der Kenntnisnahme zu den selteneren Fällen in der Rechtsprechung zählt. Ginge man hypothetisch von solch einem Fall aus, so würde sich nach den Regelungen der Beweislastverteilung (Art. 2697 c.c.) eine weitergehende Beweislast für den Verwender im Fall des Nachweises der Kenntnisnahme ergeben, als bei § 305 BGB. Er muss die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Sehbehinderten beweisen, wobei es hier nicht auf die Behinderungsgrad oder die Erkennbarkeit für den Verwender ankommt.

2. § 305 a BGB

Anders als in Italien, wo die Rechtsprechung die Anwendbarkeit von Art. 1341 c.c. auf AGB, welche von der öffentlichen Verwaltung genehmigt oder gestellt worden sind, weitgehend verneint⁸⁸⁰, sah § 23 Abs. 2 und 3 AGBG Sonderregelungen für die Einbeziehung solcher AGB vor.

Der Anwendungsbereich für diese besonderen Fälle wurde in § 305 a BGB eingeschränkt und gleichzeitig wurden die Anforderungen wesentlich verschärft. Das Konsensualprinzip der §§ 145 ff. BGB wurde gestärkt, da nicht mehr völlig auf die Einbeziehungsvoraussetzungen des ehemaligen § 2 AGBG verzichtet werden kann, sondern die andere Vertragspartei sich nun zumindest mit der Geltung einverstanden erklären muss⁸⁸¹.

Die in § 23 Abs. 3 AGBG geregelte privilegierte Einbeziehung der von den zuständigen Behörden genehmigten AGB von Versicherungen und Kapitalanlagegesellschaften, die bereits schon unter dem AGB-Gesetz leer lief und damit überflüssig war, wurde gestrichen, genauso wie für die

⁸⁷⁹ Chinè, Contratti di massa, Diritto vigente, Enc. dir. I, S. 416

⁸⁸⁰ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1341, Anm. VI, Rn. 3

⁸⁸¹ Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 305 a, Rn. 1 f.; AnwKom/BGB/Henrichs, § 305 a, Rn. 2

genehmigten AGB der Bausparkassen, deren Sonderbehandlung gegenüber anderen Darlehnsverträgen nicht weiter zu rechtfertigen war⁸⁸². Geblieben ist nur die Ausnahme für Beförderungsbedingungen (§ 305a Nr. 1 BGB), welche bereits früher praktisch keine Anwendung fand, da es sich in der Regel entweder Rechtsnormen handelt oder das Einverständnis durch faktisches Verhalten erklärt wird⁸⁸³.

Die Ausnahmen für Anbieter von Telekommunikations- und Postdienstleistungen (früher § 23 Abs. 2 Nr. 2a und 2b AGBG, jetzt § 305 a Nr. 2a und 2b BGB) sind durch zwei wesentlich engere Ausnahmetatbestände ersetzt worden. Eine Befreiung von den Einbeziehungserfordernissen erfolgt aufgrund der Art des Vertragsschlusses nur noch dann, wenn diese aus Gründen der Praktikabilität nicht eingehalten werden können (Posteinwurf in öffentlich aufgestellte Briefkästen, Call-by-call Telefonverbindungen sowie telefonische Mehrwert- und Informationsdienste)⁸⁸⁴.

Anders als die in § 23 AGBG befristete Ausnahme vorsah, ist die Veröffentlichung der AGB im Amtsblatt der Regulierungsbehörde bzw. deren Bereithaltung in der Geschäftsstelle allein aufgrund des erheblichen Verlustes an Transparenz für den Kunden nicht mehr ausreichend für die neuen Ausnahmeregelungen. Die Kenntnismahmeveranschaffung muss schon aufgrund des Umfangs äußerst umständlich bzw. nicht praktikabel sein, und aufgrund dieser Tatsache muss die mangelnde Transparenz vom Kunden hingenommen bzw. sogar gewollt werden. Unter der Prämisse des Transparenzgebotes wird die bislang bestehende Ungleichbehandlung von Telekommunikationsunternehmen und anderen Unternehmen grundsätzlich aufgehoben⁸⁸⁵.

3. Das Transparenzgebot

Das in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EG enthaltene Transparenzgebot wurde nunmehr ausdrücklich gesetzlich geregelt. Damit ist der Gesetzgeber

⁸⁸² AnwKom/BGB/Henrichs, § 305 a, Rn. 9

⁸⁸³ Jauernig/Jauernig, BGB, § 305a, Rn. 3

⁸⁸⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 305 a, Rn. 3; AnwKom/BGB/Henrichs, § 305 a, Rn. 4 ff.

⁸⁸⁵ BT-Drucksache 14/6040, S. 152

den in der Rechtssache Kommission gegen Königreich der Niederlande aufgestellten Vorgaben des EuGH nachgekommen, der eine Umsetzung von Richtlinienbestimmungen, und insbesondere des Transparenzgebotes, durch die bereits bestehende Rechtsprechung eines Mitgliedsstaates als nicht ausreichend erachtete und daher die Umsetzung der Richtlinie in gesetzliche Vorschriften gefordert hatte⁸⁸⁶. Die bislang vertretene Auffassung, das Transparenzgebot sei durch die Auslegung von § 9 AGBG in Rechtsprechung und Lehre ausreichend umgesetzt, konnte danach nicht mehr aufrechterhalten werden.

Die vom Gesetzgeber ursprünglich geplante Platzierung des Transparenzgebotes in § 307 Abs. 2 Nr. 3 BGB als eigenständige Prüfungskategorie⁸⁸⁷ fand aufgrund der dadurch systematisch zwangsläufig anzuwendenden Unwirksamkeitsvermutung des § 307 Abs. 2 BGB sowie der damit ausgeschlossenen Anwendbarkeit von § 305 c BGB keine Zustimmung im Bundesrat. Unter Berücksichtigung seiner bisherigen Herleitung aus § 9 AGBG ist das Transparenzgebot aus vorstehenden Gründen als Satz 2 in § 307 Abs. 1 BGB integriert worden⁸⁸⁸.

Das Transparenzgebot mit seinen Kriterien der Klarheit und Verständlichkeit fand und findet nicht nur Ausdruck in der Inhaltskontrolle, sondern auch bei der Einbeziehung (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, früher § 2 AGBG) und im Rahmen der Unklarheitenregelung (§ 305 c Abs. 2 BGB, früher § 5 AGBG). Auch wenn dies aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht unmittelbar zu entnehmen ist, so gelten die bisher entwickelten Erkenntnisse von Rechtsprechung und Lehre fort⁸⁸⁹.

Was das Verhältnis von § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB und § 307 Abs. 2 Satz 1 betrifft, so soll die bisherige „Doppellösung“ wie nach der alten Rechtslage fortbestehen⁸⁹⁰. Eine erste Kontrolle soll beim Vertragsschluss stattfinden, wonach nur Klauseln einbezogen werden, die lesbar und verständlich für den Vertragspartner bzw. Verbraucher sind⁸⁹¹. Die Verständlichkeit für den

⁸⁸⁶ EuGH, NJW 2001, 2244

⁸⁸⁷ BT-Drucksache 14/6040, S. 153

⁸⁸⁸ BT-Drucksache 14/7052, S. 188

⁸⁸⁹ AnwKom/BGB/Henrichs, § 307, Rn. 6

⁸⁹⁰ Artz, Jus 2002, 528, 529; v. Westphalen, NJW 2002, 1688, 1692

⁸⁹¹ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 2 AGBG, Rn. 14

konkreten Vertragspartner bei der Einbeziehung der Klauseln wird als eigenständige Kategorie erachtet und von der allgemeinen Prüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle daher getrennt. Die Gesetzeskonkurrenz, wie zwischen §§ 2 und 9 AGBG, bleibt daher aufrechterhalten⁸⁹². Diese Lösung ist, gemessen an Art. 5 der Richtlinie, zulässig, da die Richtlinie es dem nationalen Recht überlässt, ob das Transparenzgebot im Rahmen der Einbeziehung oder in Form der Inhaltskontrolle zum Tragen kommt⁸⁹³.

Systematisch schwierig erschließt sich nunmehr das Verhältnis zur Unklarheitenregelung (§ 305 c Abs. 2 BGB, ehemals § 5 AGBG), auch wenn im Hinblick auf diese Regelung das Transparenzgebot im Gesetzgebungsverfahren von § 307 Abs. 2 BGB in § 307 Abs. 1 verschoben wurde⁸⁹⁴. Trotzdem scheint diese Korrektur nicht ausreichend, wenn man bedenkt, dass die Unklarheitenregelung in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie sich direkt an das Transparenzgebot anschließt und, mangels ausdrücklicher Regelung einer Rechtsfolge, bei Verstoß gegen dasselbe als eine mögliche Rechtsfolge angesehen wird⁸⁹⁵. Allerdings ist einschränkend zu bemerken, dass die Unklarheitenregelung als Rechtsfolge jedoch nur bei Verstoß gegen das Kriterium der Klarheit sinnvoll Anwendung finden kann⁸⁹⁶.

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot kann deshalb nicht immer die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge haben, wie es nach § 307 BGB den Anschein hat, schon gar nicht, wenn die Unwirksamkeit zu einem schlechteren Ergebnis für den Verbraucher führen würde als die Auslegung⁸⁹⁷. Ferner ist zu bedenken, dass die Unklarheitenregelung auch auf Klauseln Anwendung findet, die nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind. Im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung muss daher das Verhältnis beider Vorschriften zueinander entsprechend der bisherigen Praxis dahin gehend bestimmt werden, dass bei nicht behebbarer objektiver Mehrdeutigkeit der Klausel und objektiver Anwendbarkeit beider Vorschriften, die Rechtsfolge von § 307 Abs. 1 Satz

⁸⁹² v. Westphalen, NJW 2002, 12, 17

⁸⁹³ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 5, Rn. 25

⁸⁹⁴ BT-Drucksache 14/7052, S. 188

⁸⁹⁵ Tenreiro/Feroli, Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13, S. 9

⁸⁹⁶ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 5, Rn. 22; Tenreiro/Feroli, Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13, S. 9

⁸⁹⁷ Jauernig/Teichmann, BGB, § 307, Rn. 6

2 BGB eingreift, wenn im Individualprozess die Nichtigkeitsfolge für den Vertragspartner günstiger ist⁸⁹⁸.

Die vorstehend dargestellte richtlinienkonforme Auslegung hinsichtlich des Verhältnisses der Vorschriften zueinander ist im italienischen Recht nicht erforderlich, da Art. 1469-*quater* c.c. Art. 5 der Richtlinie entspricht. Damit wurde zwar dem Verhältnis von Transparenzgebot und Unklarheitenregelung im Sinne der Richtlinie Rechnung getragen, jedoch fehlt dadurch auch hier die Bestimmung der Rechtsfolge einer intransparenten Klausel, wo die Anwendung der Unklarheitenregelung nicht möglich ist⁸⁹⁹. Verschiedene Ansichten haben sich in der Literatur ausgebildet. Hierbei handelt es sich um die gleichermaßen in Deutschland geführte Diskussion, ob intransparente Klauseln *per se*, ohne Hinzutreten von unangemessenen Benachteiligungen, unwirksam sind, oder wie in Deutschland aufgrund der systematischen Stellung im Zusammenhang mit der Generalklausel gelesen werden müssen.

Eine Ansicht in der italienischen Literatur geht bei absoluter Unverständlichkeit von der Unwirksamkeit der Klausel aus⁹⁰⁰. Insoweit stimmt diese mit Teilen der bisherigen deutschen Rechtsprechung und Literatur überein⁹⁰¹.

Nach der Gegenansicht eröffnet die Verletzung des Transparenzgebotes nur eine Bewertung, ob die Klausel missbräuchlich sei⁹⁰². Während in Italien die Mehrheit in der Literatur der letzteren Ansicht folgt und zusätzlich zu der Verletzung des Transparenzgebotes eine unangemessene Benachteiligung fordert, um eine Klausel für unwirksam erklären zu können, findet diese Ansicht auch in Deutschland vermehrt Zustimmung⁹⁰³. Die Einordnung des Transparenzgebotes in § 307 Abs. 1 BGB statt in Abs. 2 sowie die

⁸⁹⁸ Jauernig/Teichmann, BGB, § 307, Rn. 7

⁸⁹⁹ Alpa/Patti/Giammaria, Art. 1469-*quater*, S. 675

⁹⁰⁰ Alpa/Patti/Giammaria, Art. 1469-*quater*, S. 677; sowie die Darstellung bei Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quater*, Anm. II, Rn. 5

⁹⁰¹ So die Begründung im ursprünglichen Gesetzesentwurf zu § 307 Abs. 2 BGB, BT-Drucksache 14/6040, S. 154 als auch die Rechtsprechung zu § 9 AGBG vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 16c; des weiteren Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 89; Hart, Jura 2001, 649, 657; AnwKom/BGB/Hennrichs, § 307, Rn. 9

⁹⁰² Lener, Il foro italiano 1996, 145, 154; Roppo, Clausole vessatorie, S. 1, 4; Di Marzio, Giustizia civile 1996, 513, 527

⁹⁰³ v. Westphalen, NJW 2002, 12, 17; Artz, Jus 2002, 528, 529; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 146; Koch, WM 2002, 2173, 2175

Bestimmung des § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB geben dieser Ansicht nunmehr auch die gesetzlich verankerte Unterstützung⁹⁰⁴.

Auch wenn diese Interpretation einer Ansicht in der Literatur widerspricht, wonach unter Hinweis auf das Wort „stets“ in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie intransparente Klauseln per se unwirksam seien⁹⁰⁵, so ist der Bericht der Kommission⁹⁰⁶ zu diesem Punkt weitaus zurückhaltender. Er statuiert lediglich, dass eine Missbräuchlichkeit intransparenter Klauseln nicht von der Richtlinie bestimmt wird. Der Wortlaut der Richtlinie gibt hier keine Lösung vor, so dass davon auszugehen ist, die Bestimmung der Rechtsfolge dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen ist.

In der Praxis wird die Entscheidung dieses Streits durch den deutschen Gesetzgebers letztendlich wohl kaum Auswirkungen haben, da ein Verstoß gegen das Transparenzgebot in der Regel zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners bzw. Verbrauchers führt und somit zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB⁹⁰⁷. Auch die italienische Rechtsprechung neigt zu dieser Lösung, wie die Entscheidung des römischen Tribunale zeigt, welches aufgrund Verstoßes gegen das Transparenzgebot eine ungleiche Information der Vertragsparteien und daher eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers angenommen hat⁹⁰⁸.

Durch § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB soll in Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie, dem übrigens Art. 1469-ter Abs. 2 c.c. entspricht, im Hinblick auf die nicht immer ganz eindeutige deutsche Rechtsprechung klargestellt werden, dass das Transparenzgebot sich auch auf den Hauptgegenstand des Vertrages sowie die Angemessenheit von Preis und Leistung erstreckt, damit der Verbraucher die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen verstehen und eine „informierte Auswahl“ treffen kann⁹⁰⁹. Es ist wohl davon

⁹⁰⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 307, Rn. 20

⁹⁰⁵ Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Teil A 5, Art. 5, Rn. 26

⁹⁰⁶ Kom (2000) 248, S. 20

⁹⁰⁷ Koch, WM 2002, 2173, 2175

⁹⁰⁸ Tribunale von Rom, Urteil vom 21.01.2000, Il foro italiano 2000, I, 2045

⁹⁰⁹ BT-Drucksache 14/6040, S. 154; v. Westphalen, NJW 2002, 12, 19; Koch, WM 2002, 2173, 2175

auszugehen, dass diese neue Vorschrift den Bereich der kontrollfähigen Klauseln gegenüber der bisherigen Rechtsprechung nicht ausweitet⁹¹⁰.

Änderungen hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Generalklauseln ergeben sich hieraus nicht. Der Verbraucher hat allenfalls nur die Begleitumstände darzulegen und zu beweisen, die die Unwirksamkeit der Klausel zu begründen geeignet sind. Sofern sich dies aus der Aktenlage ergibt, entscheidet das Gericht von Amts wegen über die Unwirksamkeit einer Klausel als Rechtsfrage (§ 307 BGB); in Italien jedoch nur zugunsten des Verbrauchers (Art. 1469-*quinquies* Abs. 3 c.c.)⁹¹¹.

4. § 307 BGB

Auch wenn sich der Wortlaut des ehemaligen § 9 AGBG nicht geändert hat, so erfährt § 307 BGB jedoch eine indirekte Veränderung durch Neuregelungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes speziell in den Bereichen Kauf- und Werkvertragsrecht, Leistungsstörungenrecht und Verjährungsrecht. Diese Regelungen sind bei der Inhaltskontrolle und insbesondere bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB neuer Maßstab für die Gestaltungsfreiheit von Vertragsklauseln. Die Entscheidungen der Rechtsprechung zu den alten Bestimmungen sind damit größtenteils überholt. Hier muss sich eine neue Rechtsprechung entwickeln, wobei mit ersten Urteilen höherer Gerichte nicht vor 2004 zu rechnen ist.

Speziell was die neuen gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte des Käufers im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB)⁹¹² betrifft, so werden teilweise Bedenken erhoben, dass die zentrale Vorschrift des § 307 BGB durch diese zwingenden Bestimmungen einen erheblichen Bedeutungsverlust erleide⁹¹³. Dies mag insofern bezweifelt werden, als die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs nur auf Verbraucherverträge Anwendung finden⁹¹⁴ und nur einseitig zwingend für den Verbraucher als Käufers sind. Außerhalb dieses Anwendungsbereichs findet § 307 BGB

⁹¹⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 307, Rn. 56

⁹¹¹ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 161 f.; Alpa/Patti/Bellelli, Art. 1469-*quinquies*, Abs. 1 und 3, S. 701 f.

⁹¹² AnwKom/BGB/Büdenbender, § 475, Rn. 2

⁹¹³ Jauernig/Teichmann, BGB, Vor §§ 307 – 309, Rn. 2; Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 13

uneingeschränkt Anwendung. Des Weiteren bleibt eine Kontrolle nach § 307 BGB in der Regel neben anderen Unwirksamkeitsgründen möglich, wenn auch nur subsidiär⁹¹⁵. Der Einleitungssatz von § 309 BGB, der eine Inhaltskontrolle lediglich bei dispositivem Recht eingreifen lässt, gilt nur für § 309 BGB⁹¹⁶, jedoch nicht für § 307 BGB⁹¹⁷, was ebenfalls nicht für einen Ausschluss spricht. In diesem Zusammenhang sollte im Übrigen nicht die Bedeutung von § 307 BGB in Bezug auf Verbandsklageverfahren übersehen werden, da unwirksame Vorschriften auch Gegenstand von Unterlassungsklagen sein können⁹¹⁸. Angesichts der vorstehend aufgeführten Argumente erscheint der befürchtete erhebliche Bedeutungsverlust nicht ganz berechtigt, zumal die Generalklausel die Rechtsprechung der letzten Jahre beherrscht hat⁹¹⁹.

Derartige Befürchtungen wurden von der italienischen Literatur bislang nicht erhoben, zumal die Interpretation der Bestimmungen und die mangelnde Koordination der rechtlichen Bestimmungen insbesondere innerhalb des Kaufrechts im Vordergrund der Diskussion steht, da der italienische Gesetzgeber sich für die sog. kleine Lösung entschieden hat und die Richtlinie fast wörtlich in einen neuen Unterabschnitt des Kaufrechts als Art. 1519-*bis* ff. c.c. eingefügt hat⁹²⁰.

Des Weiteren sehen die Art. 1469-*bis* ff. c.c. für die Bestimmungen einer unangemessenen Benachteiligung nicht ausdrücklich die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen als Maßstab vor. Die Lehre sieht das dispositive Gesetzesrecht zwar als eine unter anderen Möglichkeiten zur Bestimmung an, jedoch nicht als allein maßgebende⁹²¹. Bei der Abweichung von zwingenden Vorschriften wird nach der überwiegenden Meinung eine Bewertung der Klausel nach Art. 1469-*bis* c.c. als überflüssig abgelehnt, da eine solche Klausel bereits nach Art. 1418

⁹¹⁴ So Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 307, Rn. 26; AnwKom/BGB/Henrichs, § 307, Rn. 13; a. A. Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 13; Artz, Jus 2002, 528, 530, die auch einen Einfluss auf andere Verträge befürchten.

⁹¹⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG, Rn. 10 u. 68; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Vorb v §§ 307 – 309, Rn. 15

⁹¹⁶ BT-Drucksache 14/6040, S. 155

⁹¹⁷ Für eine allgemeine Geltung AnwKom/BGB/Henrichs, § 309, Rn. 4

⁹¹⁸ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 9 AGBG, Rn. 41

⁹¹⁹ v. Westphalen, NJW 2002, 1688, 1695

⁹²⁰ Gesetzesdekret Nr. 24 vom 2.02.2002, Gazzetta ufficiale Nr. 31 vom 7.02.2002

⁹²¹ Alpa/Patti/Troiano, Art. 1469-*bis*, S. 44 f.

c.c. nichtig sei⁹²². Als Spezialvorschrift wird dieser allgemeinen Bestimmungen Art. 1519-*octies* c.c. vorgehen, der die Nichtigkeit der für den Verbraucher nachteiligen Bestimmungen anordnet. Schon allein aufgrund der unterschiedlichen Terminologie (Nichtigkeit und Unwirksamkeit), jedoch auch aufgrund der inhaltlichen Überschneidungen ist eine Überprüfung der Vorschriften notwendig, so dass daher abzuwarten bleibt, wie die fehlende gesetzliche Koordination der Bestimmungen durch Literatur und Rechtsprechung ausgefüllt wird.

Im Hinblick auf die zu untersuchende Beweislast ergeben sich trotz der neuen Regelungen über die Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers in §§ 282 und 476 BGB keine Änderungen für § 307 BGB, zumal die Bedeutung der Beweislast hier gering ist, da in der Regel rechtliche Wertungen und nicht tatsächliche Umstände in diesem Zusammenhang streitig sind⁹²³.

5. §§ 308 und 309 BGB

Auch wenn der Gesetzgeber lediglich „geringe Änderungen“ bedingt durch die Änderungen im Schuldrecht und den Fortschreibungsbedarf des AGB-Gesetzes vorgenommen hat⁹²⁴, so ergeben sich doch Veränderungen hinsichtlich der Klauselverbote aus den neuen Regelungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum dispositiven Recht der Leistungsstörungen.

Während der Wortlaut von § 10 AGBG ist bis auf zwei Ausnahmen unverändert in § 308 BGB übernommen wurde, auf die aufgrund Anpassung des Wortlautes von Nr. 2 und 5 an die Rechtslage nicht weiter eingegangen werden soll, bedurften einige wenige Bestimmungen des § 309 BGB der Änderung. Neben dem Einleitungssatz, der um die Klarstellung erweitert wurde, dass die Inhaltskontrolle nur bei dispositivem Recht eingreifen kann, haben die Nummern 4 und 12 lediglich terminologische Korrekturen

⁹²² Alpa/Patti/Troiano, Art. 1469-*bis*, S. 47

⁹²³ BGH NJW 1985, 2587

⁹²⁴ BT-Drucksache 14/6040, S. 150

erfahren. Völlig neu gefasst wurden hingegen die Nummern 5b, 7, 8 und 9 aufgrund des neuen Leistungsstörungenrechts.

6. § 309 Nr. 5 b BGB

In Nummer 5b wurde der Gesetzeswortlaut unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung umgekehrt, so dass nunmehr für die Wirksamkeit einer Schadenspauschale in AGB vorausgesetzt wird, dass ausdrücklich dem anderen Vertragsteil der Nachweis eines niedrigeren Schadens gestattet wird. Durch diese formelle Anforderung eines ausdrücklichen Hinweises über die Gestattung des Nachweises wurden die Rechtsunsicherheit durch die unterschiedlichen Anforderungen bzw. Auslegungen der einzelnen Gerichte ausgeräumt. Allerdings verstoßen nun Klauseln ohne diesen Hinweis, die von der früheren Rechtsprechung im Wege der Auslegung noch als zulässig erachtet wurden, nunmehr gegen § 309 Nr. 5b BGB.

Auch wenn die Beweislastverteilung nach der Grundregel für § 309 Nr. 5b BGB ein anderes Bild ergibt, so bleibt es doch wie bisher auch dabei, dass dem Vertragspartner bzw. Verbraucher nicht der Gegenbeweis für einen wesentlich niedrigeren bzw. nicht vorhandenen Schaden abgeschnitten werden darf⁹²⁵. Nach der Rechtsprechung obliegt dem Verwender die (Haupt-)Beweislast, dass die Pauschale dem typischen Schadensumfang entspricht⁹²⁶. Gelingt dem Vertragspartner bzw. Verbraucher der Gegenbeweis eines wesentlich niedrigeren Betrages, so wird die Klausel nicht unwirksam, sondern bleibt wirksam bei Erfüllung der formellen Kriterien. Allerdings können dann keine Rechte mehr aus ihr hergeleitet werden⁹²⁷.

Die bisherige Bedeutung, die die Rechtsprechung § 11 Nr. 5b AGBG zugewiesen hatte, wird schnell der Vergangenheit angehören, wenn in der Praxis alle Klauseln den geforderten gesetzlichen Hinweis beinhalten. Klauseln, die gegen § 309 Nr. 5b BGB verstoßen, wird es dann nur noch

⁹²⁵ Jauernig/Teichmann, BGB, § 309, Rn. 6; v. Westphalen, NJW 2002, 12, 20

⁹²⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 11 AGBG, Rn. 25

⁹²⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 5 AGBG, Rn. 32

ganz selten geben. Damit wird die Aufmerksamkeit wieder auf die eigentlich wichtigere und vorrangig konzipierte Alternative in § 309 Nr. 5a BGB gelenkt werden⁹²⁸. Diese Bedeutung unterstreicht auch das Verbot in Nr. 1 e) des Anhangs der Richtlinie 93/13/EG, dem Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 6 c.c. teilweise nachgebildet wurde. Beide Vorschriften sind etwas weiter als § 309 Nr. 5 a BGB, da es nicht nur um überhöhte pauschalisierte Schadensersatz- und Wertminderungsansprüche geht, sondern um allgemein überhöhte Entschädigungsbeträge im Falle der Leistungsstörung, worunter neben Schadensersatzforderungen auch Vertragsstrafen fallen. Letztere sind jedoch in § 309 Nr. 6 BGB gesondert geregelt, so dass eine Abgrenzung beider Vorschriften nicht immer leicht ist.

7. § 309 Nr. 7, 8 und 9 BGB

Die Vorschriften der Nummern 7 bis 9 des § 309 BGB sind aufgrund der Änderungen im Leistungsstörungenrecht völlig neu gefasst worden. Gleichzeitig hat man die Gelegenheit ergriffen, diese aufgrund der Richtlinie 93/13/EG und der Entwicklung in der Rechtsprechung fortzuschreiben.

Während die Regelung über die Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen aus § 11 Nr. 12 AGBG übernommen und in § 309 Nr. 9 BGB um die Ausnahmen des § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGBG ergänzt wurde, wurden in § 309 Nr. 7 und 8 BGB im Hinblick auf das geänderte Leistungsstörungenrecht neue Regelungen für Haftungsfreizeichnungsklauseln aufgestellt. Der zentrale Begriff in § 309 Nummern 7a, 7b und 8a BGB ist nun die Pflichtverletzung, die alle Arten der Leistungsstörung, die früher in Vertragsverletzung, Verzug und Unmöglichkeit unterschieden wurden, in sich vereint. Aufgrund der Gleichschaltung aller Leistungsstörungen auch im Hinblick auf die Konsequenzen einer Pflichtverletzung wurde eine gesonderte Regelung wie in § 11 Nr. 7 bis 9 AGBG nicht mehr erforderlich.

Im Hinblick auf Mängel bestehen jedoch gesonderte Regelungen nach wie vor fort. § 11 Nr. 10 AGBG ist nun in § 309 Nr. 8 b BGB als Klauselverbote

⁹²⁸ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 11 Nr. 5 AGBG, Rn. 19

über Mängelgewährleistungsansprüche aus Kauf- und Werkverträgen sprachlich an das neue Schuldrecht angepasst worden, bleibt inhaltlich jedoch im Wesentlichen unverändert. Indirekte Auswirkung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat der neue Sachmangelbegriff in § 434 BGB, der wie im italienischen Recht, nunmehr auch Falsch- und Zuwenigliefierungen umfasst. Weitere Auswirkung der Konzentration auf den Sachmangelbegriff ist die Streichung des Tatbestandes der zugesicherten Eigenschaft aus dem Gewährleistungsrecht. Dies bedingt folglich auch die Streichung von § 11 Nr. 11 AGBG, der thematisch mit § 11 Nr. 10 AGBG verbunden war. Und schließlich wird § 309 Nr. 8b BGB nunmehr im Bereich der Verbraucherverträge teilweise hinter § 475 BGB zurücktreten. Dies gilt insbesondere für die Klauselverbote des § 309 Nr. 8b lit. aa bis cc BGB bezüglich des neugeschaffenen Rechts des Verbrauchers auf Nacherfüllung; hier verbleibt jedoch der Anwendungsbereich außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs.

Die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Mangel in § 309 Nr. 8a und 8b BGB ist letztendlich durch die speziellen Vorschriften im Kauf- und Werkvertragsrecht zum Mängelgewährleistungsrecht bedingt. Zwar konnten die Rechtsfolgen für die Mängelhaftung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in erheblichen Maße auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zurückgeführt und somit auch dem internationalen Kaufrecht angepasst werden, jedoch wurde der bestehende Dualismus von allgemeinen und vertragsspezifischen Regelungen wie bisher aufrechterhalten.

a) § 309 Nr. 7a BGB

Das von Nr. 1a des Anhangs der Richtlinie 93/13/EG aufgestellte Freizeichnungsverbot für schuldhaft Verletzungen von Leben, Körper und Gesundheit wurde nun in § 309 Nr. 7a BGB explizit umgesetzt und findet seine Entsprechung in Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. bzw. Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 c.c.. Die italienische Regelung des Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 c.c. geht jedoch über die Richtlinie und die deutsche

Regelung hinaus, da nicht nur vorformulierte Klauseln, sondern auch entsprechende Individualvereinbarungen unwirksam sind.

In § 309 Nr. 7a BGB ist nunmehr ausdrücklich gesetzlich bestimmt, dass auch der Ausschluss oder die Begrenzung einer fahrlässigen Pflichtverletzung unwirksam ist, so dass auch leichte Fahrlässigkeit, die bislang nur über eine richtlinienkonforme Auslegung Ausdruck in § 9 AGBG fand⁹²⁹, ausgeschlossen ist. Die vorsätzliche Pflichtverletzung wird wie in § 11 Nr. 7 AGBG nicht erwähnt, da diese über die allgemein – also auch für Individualvereinbarungen – gültige Regelung des § 276 Abs. 3 BGB miterfasst wird⁹³⁰. Der deutsche Gesetzgeber hat damit die Anwendungsbereiche der allgemein gültigen Bestimmungen und der besonderen Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB in Einklang gebracht, was der italienische Gesetzgeber leider versäumt hat. Hier führt die Überschneidung von generellen und besonderen Bestimmungen nicht nur zu heftiger Kritik an den verbraucherrechtlichen Bestimmungen, sondern auch zu Diskussionen über ihre Koordination⁹³¹.

Angesichts der grundlegenden Bestimmungen des Art. 1229 c.c., welche die Nichtigkeit einer Freizeichnung sowohl für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Schuldners (Art. 1229 Abs. 1 c.c.) als auch für die Verletzung von Pflichten, die aus Normen des öffentlichen Rechts herrühren, durch den Schuldner oder seinen Erfüllungsgehilfen (Art. 1229 Abs. 2 c.c.) anordnen, wird den Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. und Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 c.c. von der Lehre allenfalls nur eine theoretische Bedeutung zugewiesen⁹³² bzw. werden sie sogar als überflüssig erachtet⁹³³. Die Überschneidung dieser Bestimmungen ist evident für Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Eigenständige Bedeutung könnten Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. und Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 1 c.c. allenfalls für die Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit erlangen. Jedoch versteht die italienische Rechtsprechung unter den Normen des öffentlichen Rechts all

⁹²⁹ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 11 Nr. 7 AGBG, Rn. 43

⁹³⁰ AnwKom/BGB/Henrichs, § 309, Rn. 10

⁹³¹ Graziuso, S. 19

⁹³² Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 446; Lener, *Il foro italiano* 1996, 145, 166; Alpa/Patti/Bernardi, Art. 1469-*bis*, 3^o comma, n. 1, S. 135

⁹³³ Cian, *Studium iuris* 1996, 411, 416

diejenigen Bestimmungen, die das Allgemeinwohl schützen, worunter im Wege der richterlichen Auslegung auch die Verletzung der körperlichen Integrität des Gläubigers sogar im Falle leichter Fahrlässigkeit und durch unerlaubte Handlung falle⁹³⁴. Auch der von einem Erfüllungsgehilfen des Unternehmers verursachte Körperschaden, soll auch von dieser Auslegung noch gedeckt sein, was einerseits die Parallele zu § 309 Nr. 7a BGB aufzeigt, anderseits in diesem Punkt weit über die Richtlinie und Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 1 c.c. hinausgeht.

Was die Beweislast betrifft, eröffnet Art. 1229 c.c. dem Unternehmer keine Möglichkeit des Beweises, als es sich hier um absolute Nichtigkeit handelt. Vergleichbar mit § 309 BGB stellt das Gericht die Nichtigkeit im Wege der rechtlichen Bewertung fest, was sicherlich die Rechtssicherheit für den Verbraucher erhöht, da er den Beweis des Gegenteils durch den Unternehmer nicht zu fürchten braucht.

Allerdings sind Auswirkungen auf den Vertrag unterschiedlich – während nach Art. 1469-*quinqües* c.c. nur die Klausel unwirksam ist und der Vertrag im übrigen Bestand hat, führt die Nichtigkeit nach Art. 1229 c.c. über Art. 1419 c.c. zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, was nicht immer zum Vorteil des Verbrauchers ist und im übrigen auch die Möglichkeit der Verbandsklage abschneidet. Aus diesen Gründen wird teilweise eine gleichzeitige Anwendung der Bestimmungen erwogen, um den verbraucherrechtlichen Vorschriften im Sinne der Richtlinie Geltung zu verschaffen⁹³⁵.

b) § 309 Nr. 7b und 8 BGB

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich gleichermaßen auch zu Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 2 bzw. Art. 1469-*quinqües* Abs. 2 Nr. 2 c.c.⁹³⁶ fortsetzen, die mit § 309 Nr. 7b und 8 BGB verglichen werden können. Der sehr weit gefasste Wortlaut der italienischen Bestimmung verbietet

⁹³⁴ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quinqües*, Anm. II, Rn. 2; Alpa/Patti/Bernardi, Art. 1469-*bis*, 3°comma, n. 1, S. 136

⁹³⁵ Alpa/Patti/Bernardi, Art. 1469-*bis*, 3°comma, n. 1, S. 137

⁹³⁶ Die Abweichungen des Wortlautes stellen ein Versehen des Gesetzgebers dar und sind im Wege der Interpretation zu beseitigen, so dass von identischen Bestimmungen auszugehen ist, vgl. Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1182

jeglichen Ausschluss oder jede Beschränkung der Rechte des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer oder einer anderen Person aus Nichterfüllung (*inadempimento*). Dieser, aus der grundlegenden Bestimmung des Art. 1218 c.c. resultierende Begriff steht wie der Begriff der Pflichtverletzung im deutschen Recht für alle Formen der Leistungsstörung.

Auch hier bestehen die bereits beschriebenen Überschneidungen mit Art. 1229 Abs. 1 c.c., jedoch nicht für den Fall der einfachen und leichten Fahrlässigkeit, wo die Vorschrift eigene Bedeutung erlangt⁹³⁷. Gerade diese Fälle wurden vom Wortlaut des § 309 Nr. 7b BGB ausgenommen. Allerdings ist anzunehmen, dass die bisherige Rechtsprechung des BGH, wonach Freizeichnungsklauseln auch bei einfacher oder leichter Fahrlässigkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam sein können, wenn diese sich auf sog. Kardinalpflichten beziehen oder besonderes Vertrauen in Anspruch genommen wird, auch weiterhin Bestand haben wird⁹³⁸. Damit wird sowohl in Deutschland als auch in Italien eine Freizeichnung – zwar auf unterschiedlichen Wegen – für jegliches Verschulden ausgeschlossen. Eine analoge Schlussfolgerung kann für die Verbotsklausel über das Recht, sich vom Vertrag zu lösen festgestellt werden. Während dies von Art. 1469-bis Abs. 3 Nr. 2 c.c. ebenfalls geregelt wird, ist diese gesondert in § 309 Nr. 8a BGB geregelt. Die einschränkende Tatbestandsvoraussetzung des Vertretenmüssens der Pflichtverletzung durch den Verwender in § 309 Nr. 8a BGB ist zur Bewahrung des bisherigen Regelungsinhalts aus § 11 Nr. 8a AGBG übernommen worden⁹³⁹ und beinhaltet von Gesetz wegen alle Formen der Fahrlässigkeit. Ausgeschlossen werden dürfen daher nach wie vor nicht Rücktritt, Kündigung, Widerruf sowie ggf. Befristungen und die Auferlegung von Abstandszahlungen als Rechtsbehelf gegen jede vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung⁹⁴⁰.

Der Ausschluss eines derartigen Rechts bei nicht zu vertretender Pflichtverletzung ist hingegen nicht von § 309 Nr. 8a BGB erfasst und kann Gegenstand einer Überprüfung nach § 307 BGB sein. Ein Ausschluss dieser

⁹³⁷ Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-*quinquies*, Anm. II, Rn. 3

⁹³⁸ Jauernig/Teichmann, BGB, § 307, Rn. 11

⁹³⁹ BT-Drucksache 14/6040, S. 157

⁹⁴⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 11 AGBG, Rn. 41; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 309, Rn. 52

Rechtsfolge dürfte sehr wohl bedenklich im Sinne von § 307 BGB sein, da ein Schadensersatzanspruch an dem fehlenden Vertretenmüssen scheitert, der Rücktritt vom Gesetz aber unabhängig vom Vertretenmüssen stets gewährt wird. Ähnlich hat ein italienisches Gericht entschieden, welches eine Klausel wegen eines erheblichen Ungleichgewichts (*significativo squilibrio*) als missbräuchlich nach Art. 1469-bis Abs. 1 c.c. erkannte, nach der der Rücktritt von einem Vertrag über einen Vorbereitungskurs für die Schulexamen nur innerhalb von fünf Tagen nach Vertragsschluss gegen Zahlung eines Viertels der Unterrichtsgebühren möglich war⁹⁴¹.

Art. 1469-bis Abs. 3 Nr. 2 c.c. gilt für jegliche Beschränkung oder jeden Ausschluss sowohl der Haftung des Unternehmers als auch aller Ansprüche des Verbrauchers bei Nichterfüllung wie z.B. jegliche Form von Schadensersatz, Aufhebung sowie Erfüllung des Vertrages. Insoweit besteht Übereinstimmung mit § 309 Nr. 7b und 8 BGB, die allerdings sehr viel detailliertere Klauselverbote aufstellen. Damit werden genauere Leitlinien aufgestellt, die eine Orientierung für die Vertragsparteien des Verbrauchervertrages erleichtern und damit Rechtssicherheit und Rechtsklarheit schaffen. Die generalklauselartige italienische Bestimmung lässt hingegen viel Raum für Auslegung. Dies zeigt sich auch am Personenkreis, dem die Pflichtverletzung bzw. Nichterfüllung zuzurechnen ist. Zu diesem zählt neben dem Unternehmer auch sein Erfüllungsgehilfe⁹⁴². Durch den auslegungsbedürftigen Begriff einer weiteren Partei (*di un'altra parte*) können daneben auch weitere von der Klausel begünstigte Personen unter die italienische Regelung fallen, wie zum Beispiel im Fall eines Bankvertrages, wonach eine Klausel missbräuchlich ist, die jegliche Haftung der Bank für die Folgen der Ausführung von Kundenaufträgen ablehnt, die auf Dritte zurückzuführen sind bzw. nicht direkt den Bankangestellten zur Last gelegt werden können⁹⁴³, wobei hier als Dritte zum Beispiel andere Banken, Depots und Clearingstellen, über die internationale Finanz- und Wertpapiertransaktionen abgewickelt werden, gemeint sein konnten.

⁹⁴¹ Pretura von Bologna, Urteil vom 6.08.1998, Il foro italiano 1999, I, 384

Nach Ansicht eines Teils der italienischen Literatur geht Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 2 c.c. jedoch über den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung sowie der Rechte des Verbrauchers bei Nichterfüllung und damit auch über den Anwendungsbereich von § 309 Nr. 7b und 8 BGB hinaus. Nach dieser Ansicht gehörten bis zum Inkrafttreten der Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf auch die gesetzlichen Garantien des Kaufrechts zu den geschützten Rechten des Art. 1469-*bis* Abs. 3 Nr. 2 c.c., wie zum Beispiel die Garantie der Rechtsmangelfreiheit (Art. 1487 c.c.) oder Sachmangelfreiheit (Art. 1490 c.c.)⁹⁴⁴. Nach dem jeweiligen Absatz 2 der vorstehend genannten Vorschriften kann der Verkäufer die von ihm abzugebende Garantie für Mängel beschränken. Diese Beschränkung wurden jedoch sowohl für Verbraucherverträge nach Art. 1469-*quinquies* Abs. 2 Nr. 2 c.c. als auch für Individualvereinbarungen als unwirksam erachtet⁹⁴⁵. Diese Auffassung wird nun durch die neuen Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf bestätigt, welche vorrangig vor dem allgemeinen Kaufrecht Anwendung finden, sofern nicht letztere für den Verbraucher günstiger sind. Allerdings bedarf es hier, wie bereits vorstehend angemerkt, noch der Koordination von Art. 1469-*quinquies* c.c. und den neuen Art. 1519-*bis* ff. c.c..

Insgesamt ist festzuhalten, dass trotz der unterschiedlichen Strukturen der Vorschriften beider Länder diese inhaltlich die gleichen Bereiche abdecken bzw. im Wege der Auslegung zu gleichartigen Ergebnissen kommen. Die generalklauselartige italienische Bestimmung lässt dort mehr Interpretationsspielraum, weshalb diese teilweise über die deutschen Bestimmungen hinausgeht. Diese weite Interpretation führt dann auch zu Koordinationsproblemen mit anderen rechtlichen Bestimmungen, welche der deutsche Gesetzgeber durch seine präziser formulierten Vorschriften gerade vermeiden wollte.

⁹⁴² Tribunale von Rom, Urteil vom 2.08.1997, Giustizia italiana 1998, 1620; Alpa/Patti/Padovini, Art. 1469-*bis*, 3° comma, n. 2, S. 146 f.

⁹⁴³ Tribunale von Rom, Urteil vom 21.01.2000, Foro italiano 2000, I, 2045

⁹⁴⁴ Faillace, Contratto e impresa 1996, 359, 383; Cian, Studium iuris 1996, 411, 421

⁹⁴⁵ Bin, Contratto e impresa (Europa) 1996, 431, 446

8. § 310 BGB

§ 310 BGB entspricht im Wesentlichen den Bestimmungen der §§ 23, 24 und 24a AGBG. Neu sind lediglich die im Gesetz hervorgehobene Definition des Verbrauchervertrages sowie die bedingte Anwendbarkeit der Vorschriften auf das Arbeitsrecht. Letzteres ist, anders als in Italien⁹⁴⁶, nicht mehr generell von der Anwendung der §§ 305 ff. BGB ausgenommen, sondern mit Ausnahmen der Bestimmungen der § 305 Abs. 2 und 3 BGB unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten anwendbar. Damit erstrecken sich die Bestimmungen der Inhaltskontrolle auf Individualarbeitsverträge. Kollektivverträge sind hiervon aufgrund der ihnen zugewiesenen Vertragsparität ausgenommen und dienen allenfalls als Überprüfungsmaßstab.

Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage an dieser Stelle für die Rechtsprechung des BAG, die auf der Grundlage der §§ 242, 315 BGB eine Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen entwickelt hat, erstaunt auf den ersten Blick. Auch wenn nach der Begründung des Bundesrates das Schutzniveau des Arbeitsrechts nicht hinter dem des Zivilrechts zurückbleiben soll⁹⁴⁷, so wäre eine entsprechende Bestimmung im Arbeitsrecht besser platziert.

Nach § 15 Unterlassungsklagengesetz ist das Arbeitsrecht ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen, zumal ansonsten Zivilgerichte in einen Bereich vorgedrungen wären, der den Arbeitsgerichten vorbehalten ist.

Unklar erscheint auch das Verhältnis zu den Bestimmungen über Verbraucherverträge zumal die Regelung über Arbeitsverträge in Abs. 4 der über Verbraucherverträge in Abs. 3 nachfolgt. Bedenken sind insofern zu erheben als die Richtlinie 93/13/EG in ihren Erwägungsgründen das Arbeitsrecht ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Verbraucher und Unternehmer sind nicht mit Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichzusetzen. Richtlinienkonform müssen daher § 310 Abs. 3 und Abs. 4 BGB voneinander getrennt werden, mit der Folge, dass eine Inhaltskontrolle allenfalls bei Formularverträgen, jedoch nicht bei einmalig vorformulierten

⁹⁴⁶ Cian/Trabucchi, 6.ed., Einleitung zum Kapitel XIV-bis, Anm. III, Rn. 4

Individualarbeitsverträgen Anwendung finden darf. In diesem Fall müssten, wie in Italien, die spezifisch arbeitsrechtlichen Vorschriften dem einzelnen Arbeitnehmer den gebührenden Schutz zu Teil werden lassen bzw. die Rechtsprechung des BAG Anwendung finden. Es mag daher bezweifelt werden, ob diese Lösung dem Bedürfnis des Gesetzgebers, dem Arbeitnehmer Schutz gegen einseitig vom Arbeitgeber vorformulierte Arbeitsbedingungen zu gewähren, vollkommen nachkommt.

9. Betrachtung

Die §§ 305 ff. BGB sind, abgesehen von einigen sprachlichen Anpassungen, bis auf die neuen Bestimmungen für Sehbehinderte und die Anwendung auf das Arbeitsrecht unverändert übernommen worden. Das Transparenzgebot und § 309 Nr. 7a BGB wurden nunmehr gesetzlich geregelt. Große inhaltliche Änderungen sind jedoch bis auf die Auswirkungen des neuen Leistungsstörungenrechts und der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf nicht auszumachen. Hier hat der deutsche Gesetzgeber zumindest teilweise für eine Abstimmung der verschiedenen Vorschriften Sorge getragen, wie der Einleitungssatz des § 309 BGB zeigt, die im italienischen Recht nicht nur im Hinblick auf den Verbrauchsgüterkauf zu vermissen ist. Eine inhaltliche Annäherung an das italienische Recht ist zwar gegeben, wird im Hinblick auf die unterschiedliche Fassung der Klauselverbote keine bedeutenden Änderungen bei einem Vergleich der Vorschriften hervorrufen. Auch die Beweislast, die speziell im Rahmen der Inhaltskontrolle eine völlig untergeordnete Rolle spielt, ist trotz der Änderungen im deutschen Recht unverändert geblieben.

IV. Die neuen verfahrensrechtlichen Vorschriften

Die so genannten⁹⁴⁸ verfahrensrechtlichen Vorschriften des AGB-Gesetzes waren durch die Integration der materiellrechtlichen Vorschriften in das BGB zwangsweise von letzteren zu trennen. Eine Unterbringung von

⁹⁴⁷ AnwKomm/BGB/Henrichs, § 310, Rn. 17; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 310, Rn. 51

⁹⁴⁸ „so genannt“, weil auch materiellrechtliche Vorschriften enthalten sind, wie §§ 1 – 4 Unterlassungsklagengesetz

verfahrensrechtlichen Vorschriften in einem materiellrechtlichen Gesetzbuch, wie es im italienischen Zivilgesetzbuch im Kapitel über die Verbraucherverträge der Fall ist, ist im Hinblick auf die normalerweise zumindest formale Trennung von materiellen und prozessualen Vorschriften eher ungewöhnlich.

Während der italienische Gesetzgeber den Vorgaben der Richtlinie 93/13/EG folgend mit der außergewöhnlichen Einreihung der rein verfahrensrechtlichen Vorschrift als Art. 1469-*sexies* in das italienische Zivilgesetzbuch die Gesamtheit der verbraucherschützenden Vorschriften erhalten wollte⁹⁴⁹, bestand bereits im AGB-Gesetz eine formale Trennung zwischen rein materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften.

Die nahe liegende Lösung der Integration dieser Vorschriften in die ZPO hätte jedoch aufgrund der materiellrechtlichen Vorschriften der §§ 1 bis 4 Unterlassungsklagengesetz, der Verweisungen auf das UWG sowie verfahrensrechtlichen Besonderheiten erhebliche Schwierigkeiten bereitet.

Nachdem das AGB-Gesetz zuletzt auch als Behelfslösung zur Integration der Bestimmungen zur Umsetzung der Unterlassungsklagenrichtlinie⁹⁵⁰ gedient hatte, und damit teilweise zweckentfremdet worden war, war die Schaffung des neuen Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, kurz Unterlassungsklagengesetz⁹⁵¹ folglich eine adäquate Lösung im Hinblick auf gegenwärtige Zusammenfassungen von besonderen Verfahrensvorschriften und deren zukünftige Erweiterungen⁹⁵².

Die Vorschriften des Unterlassungsklagengesetzes wurden, bis auf einige notwendige Korrekturen, gleichlautend aus dem zuletzt gültigen AGBG übernommen. Allerdings hat auch hier, wie bei den materiellrechtlichen Vorschriften, der Gesetzgeber die einzelnen Bestimmungen in eine neue Reihenfolge gebracht. Sofern nicht gemeinsame Vorschriften bestehen, werden die Bestimmungen über Unterlassungsklagen bei Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze, die in Umsetzung der

⁹⁴⁹ Alpa/Patti/Tommaseo, Art. 1469-*sexies*, S. 757

⁹⁵⁰ Gesetz vom 27. Juni 2000 (BGBl. I, S. 897)

⁹⁵¹ BGBl. I, S. 3173

Unterlassungsklagenrichtlinie aufgrund des Gesetzes vom 27.06.2000 noch als §§ 22 und 22 a in das AGB-Gesetz eingefügt worden waren, von den ehemaligen §§ 13 bis 21 AGBG strikt getrennt.

Nicht nur in Deutschland, sondern auch in Italien war es die Unterlassungsklagenrichtlinie, welche die verfahrensrechtlichen Vorschriften über Unterlassungs- und Widerrufsklagen bei AGB modifiziert hat. Da das Unterlassungsklagengesetz durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu geschaffen wurde und auch die italienischen Vorschriften zwischenzeitlich modifiziert wurden, soll, auch wenn die Unterlassungsklagenrichtlinie nicht im eigentlichen Sinne zum Thema gehört, dennoch nachfolgend auf diese Veränderungen eingegangen werden.

1. Änderungen durch die Unterlassungsklagenrichtlinie

Die Unterlassungsklagenrichtlinie, welche von Deutschland als einzigem Mitgliedsstaat abgelehnt wurde, wurde in der Folge in Deutschland recht stiefmütterlich behandelt, was durch die Verbannung in §§ 22 und 22 a AGBG zum Ausdruck kam⁹⁵³. Durch die Überführung der §§ 13 bis 22a AGBG in das Unterlassungsklagengesetz wurden die Vorschriften aufgewertet. Sofern gleiche Vorschriften für Verbandsklagen gegen AGB und Klagen gegen verbraucherschutzgesetzwidrige Praktiken bestehen wurden diese nunmehr zusammengefasst. Das gilt insbesondere für die aus der Unterlassungsrichtlinie übernommenen Vorschriften über die anspruchsberechtigten Stellen (§§ 3, 4 Unterlassungsklagengesetz), jedoch auch für die allgemeinen Verfahrensvorschriften (§§ 5 bis 7 Unterlassungsklagengesetz). Ansonsten bestehen jedoch weiterhin gesonderte Vorschriften für jedes Verfahren.

In Italien wurde die zentrale Vorschrift des Art. 1469-*sexies* c.c. durch die Unterlassungsklagenrichtlinie nicht berührt, sondern das erst später erlassene Gesetz Nr. 281 vom 30. Juli 1998⁹⁵⁴ über die Anerkennung und den

⁹⁵² AnwKom/BGB/Walker, UKlaG, Vorbemerkung, Rn. 2

⁹⁵³ Greger, NJW 2000, 2457, 2458

⁹⁵⁴ Gazzetta ufficiale Nr. 189 vom 14. August 1998

Schutz von Verbraucherinteressen. Letzteres wurde durch das Gesetzesdekret Nr. 224 vom 23. April 2001⁹⁵⁵ sowie das Gesetzesdekret Nr. 39 vom 1. März 2002⁹⁵⁶ insbesondere dahingehend ergänzt, dass es neben den allgemein formulierten Grundrechten des Verbraucherschutzes nun auch auf Verstöße gegen verbraucherschützende Bestimmungen der im Anhang aufgeführten zehn Richtlinien, u. a. der Richtlinie 93/13/EG, Anwendung findet (Art. 2-*bis* des Gesetzes 281/1998). Eine Trennung zwischen Bestimmungen der Unterlassungsklagenrichtlinie (früher §§ 22 und 22 a AGBG) und den ehemaligen Bestimmungen des AGB-Gesetzes wie in es in Deutschland anhand von §§ 1 und 2 Unterlassungsklagengesetz nunmehr deutlich wird, wird nicht vorgenommen.

a) Einrichtungen - insbesondere die Verbraucherverbände

Als verfahrensrelevante Vorschrift enthält das italienische Gesetz jedoch nur Art. 3 über die Prozessführungsbefugnis von Verbraucherverbänden, welche zusammen mit Art. 5 über die Eintragungsvoraussetzungen von Verbraucherverbänden gelesen werden muss. Da Art. 3 i. V. m. Art. 5 des Gesetzes 281/1998 von Anfang an die Eintragung der Verbraucherverbände in eine beim Wirtschaftsministerium geführte Liste als Voraussetzung für die Prozessführungsbefugnis vorsah, wurde Art. 3 um einen Absatz über die Klagebefugnis der Verbraucherverbände der anderen Mitgliedstaaten in Italien ergänzt, welche in der im Europäischen Amtsblatt veröffentlichten Liste der klagebefugten Verbraucherverbände aufgeführt sind (Art. 3 Abs. 1-*bis* des Gesetzes 281/1998 der § 3 Abs. 1 Nr. 1 Unterlassungsklagengesetz entspricht). Die entsprechenden italienischen Verbraucherverbände werden nach dem neuen Art. 5 Abs. 5-*bis* vom Wirtschaftsministerium der Kommission mitgeteilt (vgl. § 4 Abs. 1 Unterlassungsklagengesetz).

Mit der Schaffung der Registrierungspflicht der Verbraucherverbände sind beide Länder von der zuvor praktizierten Überprüfung der Prozessführungsbefugnis im Einzelfall durch das Gericht abgewichen. Auch wenn diese Lösung einen Aspekt des Verfahrens vereinfachen mag, ist sie dennoch nicht immer für den Verbraucherschutz förderlich.

⁹⁵⁵ Gazzetta ufficiale Nr. 137 vom 15. Juni 2001

Bevor hierauf näher eingegangen werden soll, ist in diesem Zusammenhang zunächst darauf hinzuweisen, dass durch den deutschen Gesetzgeber gleichzeitig mit der Gesetzesänderung auch der bislang geführte Streit über Prozessführungsbefugnis oder Aktivlegitimation der gesetzlich bestimmten Stellen zugunsten letzterem entschieden wurde⁹⁵⁷, was nun auch in der neuen Überschrift zu § 3 Unterlassungsklagengesetz deutlich zum Ausdruck kommt. Konsequenterweise wurde deshalb auch ein eingeschränktes Abtretungsrecht in § 3 Unterlassungsklagengesetz verankert, wobei dessen Anwendungsbereich angesichts der Abtretbarkeit nur unter den aktivlegitimierten Stellen äußerst gering bleiben wird⁹⁵⁸. Fraglich bleibt grundsätzlich jedoch, ob den Verbraucherverbänden und anderen Stellen wirklich ein Anspruch bezüglich kollektiver Interessen zustehen kann und sollte, und nicht nur wie in Italien das Recht, diesen ihnen anvertrauten Anspruch prozessual geltend zu machen⁹⁵⁹.

Zurück zu der neuen Voraussetzung der Registrierungspflicht für die Aktivlegitimation in Deutschland bzw. Prozessführungsbefugnis in Italien. Weniger als in Deutschland wurde in Italien die Registrierungspflicht für Verbraucherverbände kritisiert, da diese aufgrund der strengen quantitativen Registrierungsvoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes 281/1998 die Verfolgung eines effektiven Verbraucherschutzes und die Durchsetzung der in Art. 1 desselben Gesetzes festgelegten Verbrauchergrundrechte nur einschränkt ermöglicht⁹⁶⁰.

Alle Einrichtungen müssen heute in Italien die kumulativen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes 281/1998 nachweisen. Anders als in Deutschland gibt es in Italien keine unwiderlegbare Vermutung, dass öffentlich geförderte Verbraucherzentralen oder Verbrauchervereine die Voraussetzungen zur Eintragung in die Liste aktivlegitimierter Einrichtungen erfüllen. Dies führt angesichts der bereits dargestellten hohen Anforderungen, insbesondere an die Anzahl der

⁹⁵⁶ Gazzetta ufficiale Nr. 72 vom 26. März 2002

⁹⁵⁷ Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., § 3 UKlaG, Rn. 2; Greger, NJW 2000, 2457, 2462; abweichend AnwKom/BGB/Walker, § 3 UKlaG, Rn. 1, der in § 3 eine Regelung der Aktivlegitimation und der Prozessführungsbefugnis sieht, wie vor der gesetzlichen Änderung auch der BGH eine „Doppelnatur“ in BGHZ 133, 316, 319 angenommen hatte.

⁹⁵⁸ Schmidt, NJW 2002, 25, 28; Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., § 3 UKlaG, Rn. 13

⁹⁵⁹ Kritisch hierzu Schmidt, NJW 2002, 25, 28, 30

Mitglieder und die territoriale Präsenz⁹⁶¹, dazu, dass in Italien derzeit nur 14 Einrichtungen klagebefugt⁹⁶², in Deutschland jedoch 68 private und öffentlich geförderte Einrichtungen⁹⁶³ aktivlegitimiert sind.

Angesichts dieser Zahlen erscheint die italienische Kritik berechtigt, wenn man bedenkt, dass auf die wenigen italienischen Einrichtungen weitaus mehr Arbeit und eventuell auch höhere finanzielle Belastungen⁹⁶⁴ zukommen als auf die deutschen Einrichtungen. Dies wird sich auch in Zukunft nicht ändern, zumal neben den bereits angesprochenen Voraussetzungen in Italien eine dreijährige ununterbrochene Tätigkeit, statt ein Jahr nach § 4 Unterlassungsklagengesetz, für die Eintragung vorausgesetzt wird.

Vor Erlass des Gesetzes 281/1998 befanden die italienischen Gerichte für jede Klage gesondert über die Klagebefugnis des einzelnen Verbraucherverbandes⁹⁶⁵. Da Art. 1469-*sexies* c.c. nur von Verbraucherschutzorganisationen sprach, ohne diesen Begriff zu definieren, wurden die Anforderungen, wenn auch unterschiedlich, so jedoch weitaus weniger streng als in Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes 281/1998 für jeden Einzelfall festgelegt⁹⁶⁶. Teilweise wurde sogar noch bis ins Jahr 2000 von einzelnen Gerichten an dieser Rechtsprechung, allerdings für Altfälle, festgehalten⁹⁶⁷. Damals bestand eine erheblich größere Zahl an prozessführungsbefugten Organisationen. Da jedoch die Richtlinie 93/13/EG seit 2001 ausdrücklich im Anhang des Gesetzes 281/1998

⁹⁶⁰ Gabrielli/Orestano, Contratti del consumatore, Digesto Agg., S. 262 und Fn. 230

⁹⁶¹ Während § 4 Abs. 2 Unterlassungsklagengesetz für Verbraucherverbände mindestens 75 Personen oder 2 Verbraucherverbände als Mindestmitgliederzahlen fordert, setzt Art. 5 Abs. 2 lit. c) eine Anzahl entsprechend mindestens 0,5 Promille der nationalen Bevölkerung und eine territoriale Präsenz in mindestens fünf Regionen oder zwei autonomen Regionen voraus, wobei auch im Hinblick auf die regionalen Mitglieder eine Mindestanzahl von 0,2 Promille der Bevölkerung jeder Region gefordert wird.

Gemäß Art. 5 Abs. 5 desselben Gesetzes besteht jedoch eine Sonderregelung mit weniger hohen Anforderungen für die Verbände, die ausschließlich in Regionen mit verfassungsrechtlich anerkannten sprachlichen Minderheiten tätig sind. Eine solche Einrichtung ist die Verbraucherzentrale Südtirol.

⁹⁶² Commission communication concerning Art. 4 (3) of the Directive 98/27/EC concerning the entities qualified to bring an action under Article 2 of this Directive, Abl. C 159 vom 08.07.2003, S. 2 ff.

⁹⁶³ So der Stand der Liste der Einrichtungen nach § 4 Unterlassungsklagengesetz vom 16.08.2003, abrufbar unter www.bva.bund.de

⁹⁶⁴ Gemäß Art. 6 des Gesetzes 281/1998 stellt der Staat für finanzielle Erleichterungen und Beiträge zu den Veröffentlichungen der Organisationen einen jährlichen Betrag in Höhe von 516.456,90 Euro zur Verfügung.

⁹⁶⁵ Cian/Trabucchi, Complemento giurisprudenziale, 5. ed., Art. 1469-*sexies*, Anm. III mwN

⁹⁶⁶ Tribunale von Palermo, Beschluss vom 24.01.1997, Il foro italiano 1997, I, 2292 hinsichtlich der Verfolgung des Verbraucherschutzes als eines der in der Satzung festgelegten Ziele; ebenso Tribunale von Rom, Beschluss vom 2. August 1997, Il foro italiano 1997, I, 3010; Tribunale von Palermo, Urteil vom 26.06.1998, Il foro italiano 1999, I, 358 zur Kontinuität und Effektivität bei der Verfolgung dieses Ziels.

⁹⁶⁷ Tribunale von Palermo, Beschluss vom 10.01.2000, Il foro italiano 2000, I, 2052; wobei hinzugefügt werden muss, dass dieses Verfahren vor Errichtung des in Art. 5 bezeichneten Registers, welches erst mit Ministerialdekret vom 19.01.1999 errichtet wurde, eingeleitet worden war. Ähnlich das Urteil des Tribunale von Rom vom 21.01.2001, Il foro italiano 2000, I, 2045 befand ebenfalls, dass die Prozessführungsbefugnis

aufgeführt ist, kann somit eine Feststellung der Prozessführungsbefugnis von Fall zu Fall nunmehr als ausgeschlossen gelten⁹⁶⁸.

Ein deshalb in der Literatur diskutierter Vorschlag, wie im Umweltrecht neben der Registrierungspflicht auch eine gerichtliche Entscheidung über die Klagebefugnis einer Einrichtung im Einzelfall zuzulassen, bleibt, auch wenn die Unterlassungsklagenrichtlinie nur Vorschriften zur Festlegung der qualifizierten Einrichtungen erhält, die grenzüberschreitende Verbraucherverstöße geltend machen sollen⁹⁶⁹, dennoch für rein nationale Verfahren bloß eine Hypothese.

Neben den bisher thematisierten Verbraucherschutzeinrichtungen sind jedoch auch die Unternehmensverbände und Handelskammern nach Art. 1469-*sexies* c.c. klagebefugt bzw. § 3 Unterlassungsklagengesetz aktivlegitimiert. Die Bedeutung letzterer liegt in Italien vor allem im präventiven Bereich (Information und Beratung der Mitglieder als auch Dritter, Veranstaltungen, Tagungen sowie Publikationen zu verbraucherschutzspezifischen Themen), aber auch im Rahmen der von den Handelskammern angebotenen außergerichtlichen Schlichtungsverfahren (Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes 281/1998 i. V. mit Art. 2 des Gesetzes Nr. 580 vom 29.12.1993). Die einzelnen Handelskammern sind im unterschiedlichen Maße aktiv⁹⁷⁰. Allerdings kann festgestellt werden, dass insgesamt dem Thema Verbraucherschutz ein bedeutender Platz eingeräumt wird.

Das Schlichtungsverfahren als weitere, und angesichts der Verfahrensdauer in Italien, doch viel schnellere Möglichkeit, eine endgültige Entscheidung in kurzer Zeit (maximale Verfahrensdauer 60 Tage) herbeizuführen, besteht in Deutschland für Unterlassungs- und Widerrufsansprüche bei AGB nicht. Die nach § 12 Unterlassungsklagengesetz eingerichteten Einigungsstellen bei den Handelskammern können nur für Verfahren nach § 2 Unterlassungsklagengesetz in Anspruch genommen werden.

vom Gericht von Fall zu Fall zu bestimmen sei, allerdings auch hier für ein vor dem 1. Januar 2000, also vor Ablauf der Übergangsfrist, eingeleitetes Verfahren.

⁹⁶⁸ Cian/Trabucchi, 6 ed., Art. 1469-*sexies*, Anm. I, Rn. 3

⁹⁶⁹ Greger, NJW 2000, 2457, 2458

⁹⁷⁰ Vgl. die Berichte einiger Handelskammern bei Graziuso, S. 115 ff.

b) Vollstreckung der Urteile

Im Hinblick auf die Problematik der Vollstreckung der Entscheidungen in Italien hat der italienische Gesetzgeber endlich mit Gesetz Nr. 39 vom 1.03.2002 unter Bezugnahme auf Artikel 2 der Unterlassungsklagenrichtlinie Art. 5-*bis* neu in das Gesetz 281/1998 eingefügt, und so den Gerichten ausdrücklich ein Instrumentarium für die Durchsetzung der Urteile an die Hand gegeben. Das Gericht kann nun von Amts wegen oder auch auf Antrag der im Verfahren beteiligten Verbraucherorganisation eine Geldstrafe in Höhe zwischen 516 bis 1032 Euro für jeden Tag, den Umsetzung der Entscheidung verzögert wird, verhängen. Die Geldstrafe ist an die Staatskasse zu bezahlen und der Erlös aus diesen Geldstrafen wird in einen Fonds einfließen, der damit Maßnahmen des Verbraucherschutzes finanziert.

Um einerseits den Druck auf den Unternehmer zu verstärken und andererseits die Motivation zum Vorgehen gegen AGB zu befördern, wurde in Deutschland anlässlich der Diskussion des damaligen Entwurfs Unterlassungsklagenrichtlinie vorgeschlagen, dass die Geldstrafen nicht an den Staat, sondern an die klagende Verbraucherorganisation zu bezahlen wären⁹⁷¹. Auch wenn dies der Unterlassungs- oder Widerrufsentscheidung möglicherweise erhöhten Nachdruck verleihen würde, so lässt sich dieser Vorschlag in Italien mit der Anforderung an die eintragungsfähigen Verbraucherorganisationen, keine Gewinne zu erzielen dürfen (Art. 5 Abs. 2 lit. a des Gesetzes 281/1998), nicht vereinbaren.

Da bislang außer durch die Veröffentlichung des Urteils kein Druck auf den Unternehmer ausgeübt werden konnte und so die Vollstreckung des Urteils praktisch in sein Belieben gestellt war, ist die Verhängung einer Geldstrafe ein adäquates Mittel, um dem Urteil zur Wirkung zu verhelfen. Es ist anders als in Deutschland, wo Urteile nach den anwendbaren allgemeinen Regeln der §§ 888, 890 ZPO in der Regel mittels Verhängung von Zwangsgeld vollstreckt werden, keine Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne⁹⁷². Der Unterschied zwischen beiden Regelungen besteht darin, dass nach der ZPO

⁹⁷¹ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., vor § 13 AGBG, Rn.13

eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht bzw. die Verweigerung des Widerrufs, also eine erneute Verletzungshandlung vorausgesetzt wird, während die Vollstreckung nach Art. 5–bis bereits einen Schritt früher eingreift, nämlich bei Verzug der Umsetzung der Entscheidung durch den Unternehmer. Wie der Verzug zu bestimmen ist, ist den neuen Bestimmung nicht zu entnehmen. Sofern möglich, sollte daher das Urteil eine Durchführungsfrist festlegen.

2. Weitere hervorzuhebende Änderungen in deutschen und italienischen Recht

a) Die Anwendbarkeit von § 25 UWG im einstweiligen Verfügungsverfahren

Relevant für die Frage der Beweislast ist der in Abweidung von § 15 AGBG neu gefasste § 5 Unterlassungsklagengesetz. Dieser bestimmt nunmehr, dass neben der Anwendung der Vorschriften der ZPO auch §§ 23 a, 23 b und 25 UWG Anwendung finden. Damit findet nunmehr auch § 25 UWG Eingang in die verfahrensrechtlichen Vorschriften, wie es der Bundesrat im gesetzgebungsverfahren im Juli 1976 vergeblich gefordert hatte⁹⁷³.

Der Verfügungsgrund im Eilverfahren bedarf damit nicht mehr der Darlegung und Glaubhaftmachung, sondern wird wie im wettbewerbsrechtlichen Eilverfahren vermutet⁹⁷⁴. Die Verfügungskläger, Verbraucherverbände und anderen qualifizierten Einrichtungen, sind somit zunächst einmal von der Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit der Entscheidung befreit. In diesen Fällen muss der Verfügungsgrund aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ohne weiteres ersichtlich sein⁹⁷⁵. Die Anwendung der Vermutung kann daher entfallen, wenn der Verfügungskläger längere Zeit gegen den Verstoß grundlos untätig geblieben ist⁹⁷⁶.

⁹⁷² Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. 1469-sexis, Anm. II, Rn. 6, die von einem indirekten Mittel der Zwangsvollstreckung sprechen.

⁹⁷³ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 15, Rn. 10

⁹⁷⁴ AnwKom/BGB/Walker, § 5 UklaG, Rn. 7; Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., § 5 UklaG, Rn. 10

⁹⁷⁵ Zöller/Vollkammer, ZPO, § 935, Rn. 12

⁹⁷⁶ Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., § 5 UklaG, Rn. 10

Da die Voraussetzungen der Dringlichkeit in der Vergangenheit in Rechtsprechung und Lehre streitig waren, bedeutet die Anwendung der widerlegbaren Vermutung nunmehr nicht nur eine Beendigung dieser Diskussion, sondern auch mehr Rechtssicherheit und eine erhebliche Vereinfachung des Verfahrens für die Verfügungskläger.

Eine entsprechende Vermutung besteht in Italien nicht. Es gibt sehr umfangliche Rechtsprechung zum Verfügungsgrund (*giusti motivi d'urgenza*). Die Urteile sind im Einzelnen recht unterschiedlich, verlangen jedoch im Prinzip das Vorliegen der Dringlichkeit der Entscheidung, die von den Verbraucherverbänden, Unternehmensverbänden und Handelskammern nachzuweisen ist.

Die neu geschaffene Vermutung im deutschen Recht könnte möglicherweise einen Impuls sein, dass den Eilverfahren in Zukunft in Deutschland vielleicht eine größere Bedeutung zukommt.

b) Die Anpassung des Wortlautes von Art. 1469-*sexies* c.c. an Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie

Neben vorstehend beschriebenen Änderungen gab es, unabhängig von der Unterlassungsklagenrichtlinie, eine weitere gesetzliche Ergänzung in Italien, auf die hinzuweisen ist.

Mit Gesetz Nr. 14 vom 3.02.2003⁹⁷⁷, dem so genannten *Legge comunitaria 2002*, ist der italienische Gesetzgeber dem Urteil des EuGH vom 24.01.2002⁹⁷⁸ nachgekommen und hat Art. 1469-*sexies* c.c. neben dem Tatbestand der Verwendung nun auch den Tatbestand der Empfehlung eingefügt⁹⁷⁹. Der EuGH hatte Italien in dem von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren verurteilt, nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen zu haben, Artikel 7 Abs. 3 der Richtlinie 93/13/EG vollständig umgesetzt zu haben.

Der Wortlaut von Art. 1469-*sexies* c.c. sah lediglich die Verwendung von AGB als Gegenstand der Unterlassungsklage vor, jedoch nicht die

⁹⁷⁷ Gazzetta ufficiale Nr. 31 vom 07.02.2003

⁹⁷⁸ Rechtssache C 372/1999, Sammlung der Rechtsprechung 2002, Seite I – 00819 ff.

⁹⁷⁹ Art. 6 des Gesetzes 31/2003 bestimmt: All'articolo 1469-*sexies*, primo comma, del codice civile, dopo le parole: "che utilizzano" sono inserite le seguenti: „o che raccomandano l'utilizzo“.

Empfehlung derselben. Entgegen der in der italienischen Stellungnahme vom 10.07.1998 auf das das Vertragsverletzungsverfahren einleitende Schreiben der Kommission vertretenen Position, dass Empfehlungen der Unternehmensverbände nicht rechtsverbindlich seien, und daher nicht Gegenstand eines Verfahrens mangels Rechtsschutzinteresse sein könnten⁹⁸⁰, entspricht es der herrschenden Lehre⁹⁸¹ und der überwiegenden Rechtsprechung⁹⁸², dass nicht nur Unterlassungsklagen gegen die Verwendung, sondern auch Klagen gegen die Empfehlung von AGB erhoben werden können, wobei der Begriff „*utilizzare*“ (verwenden) seit weit über den eigentlichen Wortsinn hinaus ausgelegt wurde.

Angesichts des Urteils des EuGH in der Rechtssache Kommission / Königreich der Niederlande vom 18. Januar 2001⁹⁸³, welches das Gebot der klaren und vollständigen Umsetzung der Richtlinie 93/13/EG noch einmal betont hat, konnte sich der EuGH mit der vorstehenden weiten Auslegung des Begriffs „*utilizzare*“ nicht zufrieden geben. Der italienische Gesetzgeber war daher aufgerufen, das Urteil durch Ergänzung von Art. 1469-*sexies* c.c. um die Alternative der Empfehlung umzusetzen, und damit auch an die Bestimmungen der anderen Mitgliedstaaten anzugleichen. Art. 1469-*sexies*, Abs. 1 c.c. ist damit nun mit § 1 Unterlassungsklagengesetz vergleichbar.

In diesem thematischen Zusammenhang, wenn auch mitnichten vergleichbar, soll darauf hingewiesen werden, dass der deutsche Gesetzgeber die Schaffung des neuen Gesetzes nicht zum Anlass genommen hat, den in § 9 Nr. 2 und 3 Unterlassungsklagengesetz neben der Verwendung fehlenden Verweis auf die Empfehlung einzufügen. Nach der allgemeinen Meinung sind diese beiden Vorschriften auch bei

⁹⁸⁰ Vgl. Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1190; Gutachten der Kommission vom 18.12.1998, abgedruckt in *Codice del consumatore e dell'utente*, S. 884 ff., wo die italienische Auffassung zusammengefasst wiedergegeben wird.

⁹⁸¹ Bin, *Contratto e impresa* (Europa) 1996, 431, 452; Bianca/Busnelli/Bellelli, Art. 1469-*sexies*, S. 938 f.; Cesàro/Palmigiano, Art. 1469-*sexies*, S. 734; Gabrielli/Orestano, *Contratti del consumatore*, Digesto Agg., S. 263, Fn. 213

⁹⁸² Tribunale von Turin, Urteil vom 16.04.1999, *Giustizia italiana* 2000, 999; Tribunale von Rom, Urteil vom 21.01.2000, *Il foro italiano* 2000, I, 2045; für Nachweise der älteren Rechtsprechung s. *Codice del consumatore e dell'utente*, S. 870 f. sowie Cian/Trabucchi, *Complemento giurisprudenziale*, 4. ed., Art. 1469-*sexies*, Anm. II

⁹⁸³ EuGH vom 18.01.2001, *EuZW* 2001, 187

Urteilsformeln, die sich gegen die Empfehlung von AGB richten, anzuwenden⁹⁸⁴.

3. Betrachtung

Auch wenn die letzten Änderungen der Gesetze auf die Unterlassungsklagenrichtlinie zurückgehen, so kann festgestellt werden, dass das neue Unterlassungsklagengesetz gegenüber dem früheren Verfahrensrechts sich nur wenig geändert hat, das Eintragungserfordernis anders als in Italien jedoch keine Auswirkungen auf die effektive Durchsetzung des Verbraucherschutzes hat. Hier kann man durchaus von einer Beschränkung des Verbraucherschutzes im Hinblick auf die Eintragungsvoraussetzung gesprochen werden. Positiv ist hingegen die neue italienische Regelung zur Vollstreckung zu bewerten, auch wenn ihre Bewährung in der Praxis abzuwarten bleibt.

V. Wird Deutschland durch die Integrationslösung zum Vorreiter auf europäischer Ebene? Betrachtungen anhand der vorstehend dargestellten deutschen und italienischen Vorschriften

Der deutsche Gesetzgeber hat sich hohe Ziele gesteckt. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz soll nicht nur die gegenwärtige Situation in Bezug auf Rechtsvereinfachung und Transparenz verbessern, sondern auch als strategische Gesetzgebung den Anschluss an die internationale Rechtsentwicklung gewährleisten sowie die Möglichkeit eröffnen, bei der Europäisierung des Zivilrechts eine Vorreiterrolle zu übernehmen⁹⁸⁵.

Das Fernziel eines europäischen Gesetzbuches rückt damit in den Blickwinkel. Die bisherigen Vorschläge von Unidroit und der Lando-Gruppe sind zwar erste Schritte in diese Richtung, jedoch wird es angesichts der derzeit überwiegenden zurückhaltenden Stimmen, welche die Rechtsvereinheitlichung auf Teilbereiche beschränken wollen, noch mehrere

⁹⁸⁴ Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., Einleitung, Rn. 2 und § 9 UKlaG, Rn. 3,4

⁹⁸⁵ Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 10, insbesondere Fn. 25

Jahrzehnte dauern, bis sich der Gedanke einer europäischen Kodifikation durchsetzen wird⁹⁸⁶.

Angesichts der soeben beschriebenen Situation wird es zumindest in naher Zukunft noch einen Dualismus der nationalen und europäischen Rechtsquelle geben. Speziell im Schuldrecht werden dabei die europäischen Richtlinien verstärkt eine Rolle spielen. Dabei wird die Entwicklung dahin tendieren, dass sich nicht nur ihre Anzahl erheblich erhöhen wird, sondern diese auch inhaltlich weiter in Bereiche des nationalen Rechts vorstoßen werden. Gegenstand dieser Richtlinien werden zum einen nach wie vor Verbraucherverträge sein, zum anderen ist anzunehmen, dass zukünftig vermehrt auch Richtlinien auf den Gebieten des allgemeinen Schuld- bzw. Vertragsrechts, wie die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, oder der besondere Schuldverhältnisse, wie zum Beispiel die E-Commerce-Richtlinie, erlassen werden.

Trotzdem schien es wohl nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers an der Zeit, erste Weichen in Richtung Europa zu stellen. Anhand der Integration des AGB-Gesetzes, welches angesichts der Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EG, wenn auch nur zum Teil, dem Verbraucherschutzrecht zuzurechnen ist, soll diese Zielsetzung exemplarisch untersucht werden. Ein Blick nach Italien soll diese Weichenstellung bewerten helfen, zumal der italienische Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EG scheinbar ebenfalls eine Integrationslösung gewählt hat.

1. Integrationslösung – Spannungsfeld zwischen allgemeinen und verbraucherrechtlichen Bestimmungen

Die Richtlinien zum Verbraucherschutz, und hier speziell die Richtlinie 93/13/EG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen hat das Bewusstsein für eine neue Kategorie von Verträgen geschärft, die zwingend den Status der Vertragspartner als Verbraucher und Unternehmer verlangt (nachfolgend kurz als Verbrauchervertrag bezeichnet). Die Gesetzbücher beider Länder enthielten grundsätzlich allgemein anwendbare

⁹⁸⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Einl v § 241, Rn. 28

Vertragsregelungen, ohne Rücksicht auf besondere „Status-Verträge“ zwischen bestimmten Personengruppen sieht man von Spezialgesetzen ab. Neuartig an dieser Richtlinie war auch, dass die Regelungen nicht mehr Randaspekte des Vertragsrechts betrafen, sondern zum ersten Mal mit dem Ziel der Herstellung der Vertragsgerechtigkeit in das in den Gesetzbüchern beider Ländern generell vorherrschende Prinzip der Vertragsfreiheit eingriffen.

Nimmt man die so konzipierte Richtlinie als Ausprägung der modernen Rechtsentwicklung, so stieß die Vertragsgerechtigkeit zum Schutze des Verbrauchers auf das alte, seit langem vorherrschende Prinzip der möglichst weitgehenden Vertragsfreiheit der Parteien. Damit verbunden war auch das Zusammentreffen der neuen verbraucherrechtlichen Vorschriften mit inhaltlich gleichartigen allgemein gültigen Vorschriften der Zivilgesetzbücher. Diese Spannungsfelder zu kompensieren, ist nicht nur eine Aufgabe der nationalen Gesetzgeber, sondern wird auch im Hinblick auf ein zukünftiges einheitliches europäisches Gesetzbuch von großer Wichtigkeit sein.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bewusst mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von dem bislang verfolgten Weg der Sondergesetzgebung verabschiedet. Die Integrationslösung soll der Einheitlichkeit des Schuldrechts dienen, und die Regelungen über Verbraucherverträge mit den allgemeinen Vertragsprinzipien und den Regelungen über besondere Vertragsverhältnisse zusammenführen⁹⁸⁷. Speziell das AGB-Gesetz, welches sich zu einer der zentralen Materien des Vertragsrechts entwickelt hatte, musste nach Ansicht des Gesetzgebers zur Homogenität der Regelungen des Vertragsrechts zwingend in das BGB integriert werden⁹⁸⁸.

Zweifel an der beabsichtigten Homogenität kommen auf, wenn man bedenkt, dass das AGB-Gesetz in den siebziger Jahren vom Gesetzgeber bewusst als Sondergesetz in Ergänzung zu den vorrangig auf

⁹⁸⁷ BT-Drucksache 14/6040, S. 91

⁹⁸⁸ BT-Drucksache 14/6040, S. 97

Vertragsautonomie aufbauenden Bestimmungen des BGB⁹⁸⁹ konzipiert worden war. Seine die Vertragsautonomie beschränkenden und die inhaltliche Vertragsgerechtigkeit herstellenden Bestimmungen stellten ein in sich geschlossenes Regelungswerk da. Diese Einheit möglichst unangetastet lassend, wurden die Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EG so schonend wie möglich in das AGB-Gesetz eingefügt. Angesichts der ebenfalls der Vertragsgerechtigkeit dienenden ähnlichen Vorschriften beschränkte man sich darauf, die Anwendung der Vorschriften des AGB-Gesetzes auf Verbraucherverträge zu regeln (§ 24 a AGBG) und somit generelle und verbraucherspezifische Vorschriften weitestgehend miteinander zu koordinieren. Die neuen Bestimmungen griffen jedoch weitaus tiefer regulierend in die Vertragsverhältnisse ein als die allgemein anwendbaren Vorschriften, so dass von einem leichten Spannungsverhältnis bereits innerhalb des AGB-Gesetzes ausgegangen werden konnte.

Durch die die Integration der materiellrechtlichen Bestimmungen des AGB-Gesetzes *en-bloc* in das BGB wurden die beiden unterschiedlichen Konzepte Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit in einem Gesetzbuch miteinander vereint. Auch wenn das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz den Versuch der Koordination und Anpassung neuer und alter Vorschriften unternommen hat, kann dies nicht vollkommen für das AGB-Gesetz gelten. Das Spannungsverhältnis zwischen allgemeinen und verbraucherrechtlichen Vorschriften wurde durch die Integration in das BGB zusätzlichen Einwirkungen durch die unterschiedlichen gesetzlichen Konzeptionen ausgesetzt. Zu einer eventuellen Auflösung bzw. Überbrückung dieser Spannungsfelder findet sich in der Begründung des Gesetzesentwurfs kein Hinweis. Der deutsche Gesetzgeber hofft jedoch aufgrund der Integration auf eine Ausrichtung insbesondere des Verbraucherrechts an den Grundprinzipien des BGB⁹⁹⁰. Ob jedoch diese Ausrichtung für den Verbraucherschutz im Sinne des europäischen Gesetzgebers ist, kann nur bezweifelt werden, da die von diesem gerade beabsichtigte Stärkung des Regulativs Verbraucherschutz durch die Prinzipien der Vertragsfreiheit relativiert würden.

⁹⁸⁹ Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Einleitung, Rn. 8;

Ein ähnliches und dennoch anderes Bild zeigt sich in Italien. Auch dort hat der Gesetzgeber mit der Integration der verbraucherrechtlichen Bestimmungen in das italienische Zivilgesetzbuch in das alte Konzept der Vertragsfreiheit eingegriffen: hier wurde jedoch nicht nur der Verbrauchervertrag neu eingeführt, sondern zugleich auch ein – wenn auch hierauf beschränktes - Regulativ zur Beschränkung der Vertragsfreiheit. Die Bestimmungen der Art. 1469-*bis* ff. c.c. wurden in das neu geschaffene Kapitel XIV-*bis* eingefügt, dessen Überschrift „Verbraucherverträge“ die Unterschiede zu den anderen Bestimmungen des c.c. auch optisch hervorhebt.

Trotz dieser Eingliederung bleibt der Dualismus Verbraucherrecht und allgemeines Zivilrecht in Italien, anders als in Deutschland, wo das Zusammenspiel von verbraucherspezifischen und allgemeinen Vorschriften auch in anderen Bereichen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz weitgehend geregelt wurde, klarer bestehen. Dies zeigt sich daran, dass die Vorschriften anderer Verbraucherrichtlinien⁹⁹⁰ in Sondergesetzen umgesetzt wurden. Die Positionierung der Vorschriften der Art. 1469-*bis* ff. c.c. erklärt sich nur damit, dass diese von Anfang an als den generellen Regelungen des Vertragsrechts, aber als Sonderkategorie⁹⁹², zugehörig betrachtet wurden. Da die Rechtsprechung einheitlich davon ausgeht, dass die Spezialregelungen der Art. 1469-*bis* ff. c.c. keine Auswirkungen auf andere als Verbraucherverträge haben⁹⁹³; bleibt die konzeptionelle Trennung auch hier aufrechterhalten. Die Positionierung im italienischen Zivilgesetzbuch ist damit nur eine vermeintliche Integrationslösung, da sie gerade nicht zu der im deutschen Recht bestehenden Verbindung von allgemeinen und verbraucherspezifischen Vorschriften geführt hat. Das Kapitel XIV-*bis* wirkt vielmehr wie ein Fremdkörper im italienischen Zivilgesetzbuch.

Probleme ergeben sich daher im Rahmen der Koordinierung der verbraucherrechtlichen und allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuches.

⁹⁹⁰ BT-Drucksache 14/6040, S. 97

⁹⁹¹ Bis auf die Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind alle Richtlinien durch Sondergesetze umgesetzt worden. Die neuen Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurden ebenfalls in das italienische Zivilgesetzbuch eingefügt, jedoch nicht in das Kapitel Verbraucherverträge, sondern aufgrund Sachzusammenhangs in das Kaufrecht.

⁹⁹² Alpa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1999, 1173, 1176

⁹⁹³ Zu entsprechenden Hinweisen aus der Rechtsprechung *Codice del consumatore e dell'utente*, S. 856 f.

Dieses Spannungsverhältnis wird nicht aufgrund unterschiedlicher Anwendung derselben Vorschrift hervorgerufen, sondern aufgrund gleichen Regelungsinhalts verschiedener Vorschriften, wie vorstehend am Beispiel von Art. 1469-*quinquies* und Art. 1229 c.c. gezeigt wurde. Da der italienische Gesetzgeber die Koordination bzw. explizite Trennung der verschiedenen Vorschriften versäumt hat, sind Spannungsfelder unausweichlich.

Die Integrationslösung versucht unterschiedlich konzipierte Vorschriften zu harmonisieren, was jedoch nicht unbedingt gelingt. Eine reine Positionierung der Vorschriften, wie Art. 1469-*bis* ff. c.c. im italienischen Zivilgesetzbuch oder §§ 305 ff. BGB im deutschen, lösen die konzeptionellen Gegensätze nicht auf, sondern stellen sie frontal gegenüber, was zwangsläufig eine Anpassung des einen an das andere Konzept bedeutet. Dies hat der deutsche Gesetzgeber mit seinem Wunsch der Leitfigur des BGB auch deutlich zum Ausdruck gebracht. Durch die Integration des Verbraucherschutzrechts insgesamt ins BGB ist diese Rechtsentwicklung zum Schaden des Verbraucherschutzes zu befürchten.

Die beschriebene Trennung Verbraucherrecht und allgemeines Zivilrecht in Italien lässt zwar mehr Spielraum für eine eigenständigere Entwicklung des Verbraucherschutzrechts. Im Hinblick auf die Vorschriften über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen bestehen jedoch Einflüsse des allgemeinen Zivilrechts, die zusätzlich zu Koordinationsproblemen führen.

Angesichts sowohl der beschriebenen Spannungen, die es noch zu lösen gilt, als auch des gewünschten rechtshistorisch gewachsenen nationalen Einflusses auf europarechtlich geprägte Vorschriften erscheint eine Vorreiterrolle Deutschlands im Hinblick auf ein europäisches Gesetzbuch in weiter Ferne.

2. Integrationslösung – gesetzessystematische Probleme

Nicht nur konzeptionelle Unterschiede birgt die Integrationslösung, sondern auch das Problem wie neue Bestimmungen systemkonform in die bestehenden Gesetze integriert werden können.

Durch die Entscheidung des italienischen Gesetzgebers für ein eigenes Kapitel über Verbraucherverträge, getrennt von den Art. 1341 ff. c.c. über den Vertragsschluss, und aufgrund Sachzusammenhangs zugunsten des Standortes im vierten Buch des Obligationenrechts (Schuldrechts) statt im fünften Buch über die Arbeit⁹⁹⁴, konnte mit der Einfügung des Kapitels XIV-*bis* ein systematisch vertretbarer Standort am Ende des zweiten Titels gefunden werden. Auch wenn der Verbrauchervertrag nicht zu den allgemein gültigen Bestimmungen für Verträge passt, konnte jedoch einerseits die Inhaltskontrolle als weiteres vertragliches Korrektiv zum Schutze des Verbrauchers im Anschluss an die Vorschriften über Nichtigkeit und Vernichtbarkeit des Vertrages betont⁹⁹⁵, andererseits die eigenständige Bedeutung der Vorschriften für den Inhalt des Vertrages unabhängig vom Zeitpunkt seines Abschlusses⁹⁹⁶ herausgestrichen werden.

Die ausschließliche Anwendung auf Verbraucherverträge als auch die Systematik des c.c. stellten den italienischen Gesetzgeber hierbei vor eine weniger schwierige Aufgabe als den deutschen Gesetzgeber, der bei der Integration des AGB-Gesetzes mehrere Aspekte zu berücksichtigen hatte. Dennoch scheint sich der deutsche Gesetzgeber weniger von der Systematik des BGB als von entfernt zukünftigen Aspekten des europäischen Rechts hat leiten lassen als er den materiellrechtlichen Teil des AGB-Gesetzes als einen neuen zweiten Abschnitt über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch AGB in das Allgemeine Schuldrecht des BGB einfügte. Der Gesetzgeber begründete die Positionierung der Vorschriften in einem eigenen Abschnitt im Allgemeinen Schuldrecht des BGB und insbesondere vor dem dritten Abschnitt über die Schuldverhältnisse aus Verträgen damit, dass lediglich der Schwerpunkt des Anwendungsbereichs, die Kontrolle schuldrechtlicher Verträge, ohne Einschränkung des Anwendungsbereichs betont werden sollte⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ Der Gesetzesentwurf, der aufgrund der Beteiligung eines Unternehmers (*professionista*) am Vertrag die Vorschriften als Verhaltensregeln für unternehmerische Tätigkeit (*attività professionale*) ansah und deshalb diese als Art. 2062-*bis* ff. c.c. in das fünfte Buch des italienischen Zivilgesetzbuches einfügen wollte, wurde durch einen Ergänzungsantrag der zwischenzeitlich ausgewechselten Regierung wieder aufgehoben.

⁹⁹⁵ Roppo, *Clausole vessatorie*, S. 1, 2

⁹⁹⁶ Lener, *Il foro italiano* 1996, 145, 155

⁹⁹⁷ BT-Drucksache 14/6040, S. 149

Gemessen an der Systematik des BGB, die allgemeinen Vorschriften vor die spezielleren zu stellen, rief diese Entscheidung sofort Kritik hervor⁹⁹⁸. In der Tat ist ein Abschnitt über die Kontrolle von Vertragsbedingungen vor dem Abschnitt über die Schuldverhältnisse aus Vertrag, der u. a. auch die Begründung, den Inhalt und die Beendigung behandelt, nicht systemkonform. Sofern unbedingt das Schuldrecht die Bestimmungen aufnehmen soll, wäre eine Integration als dritter Abschnitt vor dem Abschnitt über das Erlöschen der Schuldverhältnisse wohl besser gewesen. Damit wäre jedoch die ausschließliche Zugehörigkeit der Vorschriften zum Schuldrecht zementiert worden, die der Gesetzgeber durch diese systematisch merkwürdig anmutende Position gerade im Hinblick auf die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf alle Verträge, also auch auf solche auf dem Gebiet des Sachenrechts, ausschließen wollte.

In diesem Zusammenhang ist das Urteil des EuGH vom 18. Januar 2001⁹⁹⁹ zu erwähnen, welches gerade im Hinblick auf die Umsetzungsverpflichtung der Richtlinie 93/13/EG das Gebot der klaren und vollständigen Umsetzung der Richtlinie noch einmal betont hat. Bedenkt man diese Entscheidung, so wäre nur eine Einordnung in den allgemeinen Teil des BGB systematisch korrekt gewesen wäre, um auch der gewünschten Anwendung auf sachenrechtliche Verträge Wirkung zu verschaffen. Die durch die Integration ins Schuldrecht entstandene Regelungslücke dürfte nun im Wege einer Analogie geschlossen werden müssen, sofern dies die europäische Rechtsprechung als noch akzeptable Lösung ansieht.

Nicht nur die Positionierung innerhalb der Systematik des Schuldrechts ist bedenklich, sondern auch die Regelungsgegenstände der Vorschriften begründen erhebliche Zweifel an einer Einordnung überhaupt in das Schuldrecht. Die Vorschriften gehören nur teilweise in das Schuldrecht, wie z. B. § 307 BGB, wären teilweise jedoch besser zum allgemeinen

⁹⁹⁸ Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 16; Ulmer, JZ 2001, 491, 492

⁹⁹⁹ EuGH, EuZW 2001, 187

Vertragsrecht im Allgemeinen Teil des BGB aufgehoben, wie die Vorschriften über die Einbeziehung von AGB¹⁰⁰⁰.

Diese teilweise Zuordnung zum Schuldrecht und vor allem der Gedanke an ein zukünftiges europäisches Gesetzbuch mögen den Ausschlag zur Einordnung in das Schuldrecht gegeben haben. Das Beispiel Italien zeigt rechtsvergleichend, dass diese Bestimmungen von den Mitgliedstaaten in der Tat als Teil des Schuldrechts verstanden werden. Bedenkt man jedoch, dass andere Gesetzbücher, wie z.B. das italienische Zivilgesetzbuch, keinen Allgemeinen Teil kennen, sondern viele dieser Vorschriften dem Obligationenrecht zurechnen, dann verliert auch dieses Argument seine Berechtigung.

Als Ergebnis bleibt damit ein mit Fremdkörpern durchzogenes Schuldrecht des BGB. Auch wenn der daraus folgende Gedanke einer Aufteilung der Vorschriften im Hinblick auf die Systematik des BGB sicherlich nicht von der Hand zu weisen ist, so wären auch bezüglich einiger Vorschriften Kompromisse hinzunehmen, wie Ulmer ausführlich beschrieben hat¹⁰⁰¹. Zudem würde nicht nur die Systematik, sondern auch die Bedeutung der Vorschriften des ehemaligen AGB-Gesetzes vollkommen zerstört¹⁰⁰².

Systematisch weniger Probleme bereitend hätte sich als Lösung eine Einordnung in den Allgemeinen Teil des BGB statt in das Schuldrecht angeboten¹⁰⁰³. Hier wäre an eine *en-bloc* Lösung im Rahmen eines neuen Titels im Anschluss an den Vertrag im Abschnitt über die Rechtsgeschäftslehre zu denken gewesen. Die Vorschriften über Abschluss und Auslegung des Vertrages hätten inhaltlich besser zu denen des AGB-Gesetzes gepasst. Weitere Gemeinsamkeit wäre das Prinzip von Treu und Glauben, auf welchem nicht nur die Generalklausel der Inhaltskontrolle, sondern auch § 157 BGB beruht. Sicherlich wäre auch diese eine Kompromisslösung gewesen, die sich jedoch besser in das BGB eingefügt hätte.

¹⁰⁰⁰ Ulmer, JZ 2001, 491, 492; weitergehender Schellhammer, Rn. 2085 und Honsell, JZ 2001, 18, 19, welche, wenn überhaupt, die Bestimmungen des AGB-Gesetzes in das Vertragsrecht des Allgemeinen Teils integriert hätten.

¹⁰⁰¹ Ulmer, JZ 2001, 491, 494 f.

¹⁰⁰² So Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2288, die sich gegen eine „Atomisierung“ des AGB-Gesetzes ausspricht.

Auch wenn die systematischen Probleme rein national sind und von der besonderen Systematik des BGB hervorgerufen wurden, so verdeutlichen sie dennoch die Bedeutung einer klaren Gesetzssystematik. Eine Vorreiterrolle kann Deutschland in diesem Punkt nicht einnehmen.

3. Integrationslösung – Aufwertung verbraucherrechtlicher Vorschriften?

Es ist des weiteren fraglich, ob die mit der Schuldrechtsreform eingeführte Integrationslösung tatsächlich erst dem AGB-Gesetz und den Verbraucherschutzrechtlichen Nebengesetzen den ihnen gebührenden zentralen Platz in der Rechtsordnung zuweist oder dadurch die zentrale Bedeutung des BGB gestärkt wird¹⁰⁰⁴.

Was die Vorschriften des ehemaligen AGB-Gesetzes betrifft, ist der gewünschte Bedeutungszuwachs angesichts der langen Existenz dieses eigenständigen Gesetzes nicht unbedingt nachzuvollziehen. Denn das AGB-Gesetz hatte im Laufe der Zeit eine Position in vorderster Reihe des zivilrechtlichen Normengefüges erlangt. Dies bewies nicht nur die umfangreiche deutsche Rechtsprechung und Literatur, sondern auch die Beachtung des AGB-Gesetzes im Ausland, wie z.B. in der italienischen Literatur, die es in der Vergangenheit häufig als Vorbild für die fehlende italienische Regelung hinstellte¹⁰⁰⁵. Das Bild der Eingliederung zeichnet sich daher angesichts der bekannten ehemaligen eigenständigen Bedeutung des AGB-Gesetzes daher zunächst als eine bloße Verschiebung von Vorschriften, deren Zweck und Nutzen, insbesondere im Hinblick auf die hiermit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen, eher fraglich erscheint.

Langfristig betrachtet, könnte die Integrationslösung die Gefahr bergen, dass die Signalwirkung der Vorschriften durch eine ständige Erweiterung des BGB nivelliert wird. Zukünftige weitere Vorschriften der EG, insbesondere zum Verbraucherschutzrecht, werden konsequenterweise auch in das BGB zu integrieren sein, so dass nicht auszuschließen ist, dass diese

¹⁰⁰³ Schellhammer, Rn. 2085; Honsell, JZ 2001, 18, 19

¹⁰⁰⁴ So die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 14/6040, S. 79

¹⁰⁰⁵ Morello, Condizioni generali di contratto, Digesto III, S. 358 ff.

den Umfang des BGB nicht unerheblich vergrößern. Eine solche mögliche Überfrachtung des BGB führt leicht dazu, die Bedeutung der einzelnen Vorschriften in den Hintergrund zu schieben und gegebenenfalls das Gesetzbuch unübersichtlich werden zu lassen. Die Verteilung der verbraucherrechtlichen Vorschriften über das gesamte Gesetzbuch wird dann ihr übriges tun, deren Bedeutung zu minimalisieren.

Die EG wird sicherlich weiterhin Richtlinien speziell zum Verbraucherschutz erlassen. Dies wird Deutschland anders als zum Beispiel in Frankreich, Griechenland und Österreich, die ein eigenständiges Verbraucherschutzgesetz als Sonderprivatrecht verabschiedet haben, vor größere Probleme stellen, die neuen Bestimmungen in das BGB zu integrieren. Diese Probleme werden bei einem reinen Verbraucherschutzgesetzes erheblich geringer sein und weniger gesetzgeberischen Aufwand erfordern.

Dies mag auch eine Erklärung sein, warum der italienische Gesetzgeber von der Idee, mit dem neuen Kapitel XIV-*bis* einen Standort für Verbraucherverträge zu schaffen¹⁰⁰⁶, abgerückt zu sein scheint. Nachfolgende Richtlinien über den Verbrauchervertrag wurden wie früher auch als Sondergesetze verabschiedet, bis auf die Vorschriften zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, welche in einem neuen Unterabschnitt über den Kauf positioniert wurden. Hier kann jedoch das zum Kapitel über Verbraucherverträge gesagte übertragen werden.

Die gesonderten verbraucherrechtlichen Bestimmungen sind nicht nur für den Verbraucher leichter zu erkennen, sondern schaffen auch ein besonderes Bewusstsein für den Verbraucherschutz auf rechtlicher Ebene. In Italien ist diese Entwicklung durchaus in den letzten Jahren zu beobachten gewesen.

4. §§ 305 ff. BGB und das Unterlassungsklagengesetz als Vorbild?

Eine Vorreiterrolle einnehmen zu wollen bedeutet auch ein Vorbild für andere zu liefern.

¹⁰⁰⁶ Faillace, *Contratto e impresa* 1996, 359, 361

Auch wenn, wie bereits erwähnt, das AGB-Gesetz lange Jahre in Italien als herausragendes Beispiel angesehen wurde, und die Bestimmungen teilweise auch maßgebend für die Richtlinie 93/13/EG waren, so bestehen doch Zweifel die §§ 305 ff. BGB als Vorbild für eine europäische Gesetzgebung anzusehen.

Die Vorbildfunktion verlangt allgemeines Verständnis und Übertragbarkeit der Bestimmungen. Sofern diese jedoch den nationalen Konzepten verhaftet bleiben, kann eine solche Übertragbarkeit nur schwerlich angenommen werden. Dieses Bild zeigen in Teilen die §§ 305 ff. BGB, wenn man die Klausellisten betrachtet oder Ausnahmenvorschriften betrachtet. Das Konsensualprinzip bei der Einbeziehung oder die Generalklausel der Inhaltskontrolle sind sicherlich Gegenargumente. Dennoch zeigt beispielhaft die am Ende in § 310 BGB versteckte Bestimmung über Verbraucherverträge die Kompromisslösung mit dem alten Recht, welche dem Verbraucherschutzaspekt einen eher nachrangigen Platz einräumte. Eine solche Regelung wird angesichts eines starken Verbraucherrechts in anderen Staaten höchstwahrscheinlich als nicht ausreichend angesehen werden, um dem Verbraucherschutz gebührend Rechnung zu tragen, so dass hier eine Vorbildfunktion wohl nicht angenommen werden kann.

Auch im Rahmen des Unterlassungsklagengesetzes hat sich der deutsche Gesetzgeber zu sehr an die bestehenden Regelungen gehalten, die er in einem Gesetz zusammengeworfen hat, anstatt die Chance für eine allgemeine Neuregelung für verbraucherrechtliche Verbandsklagen zu nutzen. Sofern neue Regelungstatbestände auftreten, müssen diese nun als weiterer Teil hinzugefügt werden. Ein breiter angelegtes, auch neue Tatbestände und Aspekte erfassendes Gesetz hätte hingegen möglicherweise eine Vorbildfunktion einnehmen können.

5. Betrachtung

Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Integrationslösung hat die Weichen für die zukünftige Rechtsentwicklung und speziell für das

Verbraucherrecht in Deutschland gestellt¹⁰⁰⁷. Im Hinblick auf Europa mag dies jedoch sehr stark bezweifelt werden.

Die Integrationslösung birgt viele Probleme in sich, die bereits in einem einzigen Rechtssystem nicht zur vollkommenen Zufriedenheit zu lösen sind. Nicht nur die nationalen Rechtsprobleme sprechen gegen eine Vorreiterrolle Deutschlands, sondern auch der Versuch mit Hilfe des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes das ehrwürdige BGB, welches rechtshistorisch sich teilweise erheblich von den anderen Gesetzbüchern der Mitgliedstaaten (man denke an das Abstraktionsprinzip) unterscheidet, gewollt mit allen Mitteln zu europatauglich zu machen. Für eine Vorreiterrolle wäre eine völlig neue, innovative Lösung gefragt.

Zweifel bleiben auch, wenn man die Lösungsansätze in anderen Mitgliedstaaten betrachtet. Hier scheint derzeit eine Trennung von allgemeinem Zivilrecht und Verbraucherrecht bevorzugt zu werden, wie auch die italienische Lösung zu deuten ist. Hiervon hat sich der deutsche Gesetzgeber eindeutig verabschiedet.

Schließlich sprechen auch machtpolitische Erwägungen gegen eine Vorreiterrolle, wenn man bedenkt, dass auf europäischer Ebene es stets das Bestrebens der Staaten ist, bei der Gesetzgebung soviel Einfluss wie möglich geltend zu machen, um eigene Rechtskonzepte zu verfolgen, und eine zu starke einseitige Einflussnahme möglichst zu verhindern. Die deutsche Integrationslösung kann daher allenfalls im Rahmen der europäischen Gesetzgebung punktuell für Vorbild sein, wie z. B. das AGB-Gesetz im Rahmen der Ausarbeitung der Richtlinie 93/13/EG auch maßgeblich war.

¹⁰⁰⁷ Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 16

Literaturverzeichnis

Ahlt, Michael

Europarecht, Examenskurs für Rechtsreferendare

2. Aufl., München, 1996

Alpa, Guido

Con l'approvazione della direttiva comunitaria una nuova era per la tutela del consumatore

Guida al diritto 10/1996, S. 6 ff.

Alpa, Guido

Contratti di massa, Profili generali

in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Aggiornamento, Vol. I (Acquacoltura – Verificazione), Milano, 1997, S. 403 ff.

Zitiert: Alpa, Contratti di massa, Profili generali, Enc. dir. Agg. I, S. ...

Alpa, Guido

Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria

Contratto e impresa 1991, 885 ff.

Alpa, Guido

L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio

Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile 1999, 1173 ff.

Alpa, Guido

La clausola abusiva non inficia il resto del contratto

Guida al diritto 10/1996, S. 12 ff.

Alpa, Guido

The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Italy

European Law Review 1997, 181 ff.

Andrioli, Virgilio

Presunzioni (Diritto romano), (Diritto civile e diritto processuale civile)

in: Novissimo digesto italiano, diritto da Antonio Azara, Ernesto Eula, Vol. XIII (Pet – Proc), Torino, 1966, S. 765 ff.

Zitiert: Andrioli, Presunzioni, Novissimo digesto italiano XIII, S. ...

Andrioli, Virgilio

Prova (Diritto processuale civile),

in: Novissimo digesto italiano, diritto da Antonio Azara, Ernesto Eula, Vol. XIV (Prod – Ref), Torino, 1968, S. 260 ff.

Zitiert: Andrioli, Prova, Novissimo digesto italiano XIV, S. ...

Anweltskommentar Schuldrecht

Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht

hrsg. v. Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel, Manfred Lepa und Gerhard Ring, Bonn, 2002

Zitiert: AnwKom/BGB/Bearbeiter, § ..., Rn. ...

Artz, Markus
Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze in
das BGB
Jus 2002, 528 ff.

Barbiera, Lelio
Il recepimento della direttiva del 5 aprile 1993 del consiglio CEE sulle
clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori nell'alternativa tra
inserzione nel codice e redazione di una legge speciale
in: Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, a cura di
C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996, S. 313 ff.
Zitiert: Barbiera, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i
consumatori, S. ...

Battaglini, Mario; Novelli, Tommaso; Petitti, Stefano; Novelli, Giovanni
Codice di procedura civile con il commento dell giurisprudenza della
Cassazione
12. ed., Milano, 2001

Baumgärtel, Gottfried
Beweislastpraxis im Privatrecht, die Schwierigkeiten der
Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung
2. Aufl., Köln, 1996
Zitiert: Baumgärtel, Rn. ...

Baumgärtel, Gottfried
Das Verhältnis von Beweislastumkehr und der konkreten
Beweisführungslast im deutschen Zivilprozeß
in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996,
hrsg. v. Andreas Heldrich und Takeyoshi Uchida, Tokyo, 1996

Berger-Walliser, Gerlinde
Mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nach Inkrafttreten des
Code de la consommation und Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 in
Frankreich
RIW 1996, 459 ff.

Bin, Marino
Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive
comunitarie?)
Contratto e impresa (Europa) 1996, 431 ff.

Bo, Daniela dal
La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei
contratti con i consumatori
Diritto del commercio internazionale 1993, 567 ff.

Borges, Georg
Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen nach § 24 a AGBG
DZWir 1997, 402 ff.

Börner, Andreas
Die „Heilung“ von AGB durch die Berücksichtigung
vertragsabschlußbegleitender Umstände nach § 24 a Nr. 3 AGBG
JZ 1997, 595 ff.

Brandner, Hans Erich; Ulmer, Peter
EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
BB 1991, 701 ff.

Bülow, Peter
Beweislast bei der Kündigung eines Verbraucherdarlehens durch einen
Kaufmann
NJW 1990, 2534 f.

Bülow, Peter
Beweislast und Beweismaß im Recht der Europäischen Gemeinschaften
EWS 1997, 155 ff.

Bunte, Hermann-Josef:
Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
und ihre Umsetzung durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes
DB 1996, 1389 ff.

Burckhard, Hugo
Civilistische Präsumtionen
Weimar, 1866

Bürgerliches Gesetzbuch
hrsg. v. Othmar Jauernig, erläutert von Christian Berger u.a.
10. Aufl., München, 2003
Zitiert: Jauernig/Bearbeiter, BGB, § ..., Rn. ...

Busnelli, Francesco Donato; Morello, Umberto
La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti
stipulati con i consumatori
Rivista del notariato 1995, 369 ff.

Campitelli, Adriana
Presunzione, Diritto intermedio
in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Vol. XXXV
(Prerogative – Procedimento), Torino, 1986, S. 260 ff.
Zitiert: Campitelli, Presunzione, Diritto intermedio, Enc. dir. XXXV, S. ...

Carbone, Vincenzo
Il commento,
Il corriere giuridico 1996, 250 ff.

Carbone, Vincenzo
L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni
statistiche,
Il corriere giuridico 1996, 1300 ff.

Carpi, Federico; Taruffo, Michele
Commentario breve al codice di procedura civile
4. ed., Padova, 2002
Zitiert: Carpi/Taruffo, Art. ..., Anm. ..., Rn. ...

Cendon, Paolo; Ziviz, Patrizia
L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile
Rivista trimestrale del diritto e procedura civile 1992, 757 ff.

Chinè, Giuseppe
Contratti di massa, Diritto vigente
in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Aggiornamento, Vol. I
(Acquacoltura – Verificazione), Milano, 1997, S. 411 ff.
Zitiert: Chinè, Contratti di massa, Diritto vigente, Enc. dir. I, S. ...

Chitty on contracts
Vol. I, General principles, 28. ed., London, 1999

Cian, Giorgio
Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina
dei contratti con i consumatori
Studium iuris 1996, 411 ff.

Cian, Giorgio
Auslegung und Transparenzgebot in der Regelung der AGB und der
Verbraucherverträge nach dem italienischem und deutschem Recht
ZEuP 1998, 586 ff.

Cian, Giorgio; Trabucchi, Alberto
Commentario breve al codice civile
5. ed., Padova, 1997
Zitiert: Cian/Trabucchi, 5. ed., Art. ..., Anm. ..., Rn. ...

Cian, Giorgio; Trabucchi, Alberto
Commentario breve al codice civile
6. ed., Padova, 2002
Zitiert: Cian/Trabucchi, 6. ed., Art. ..., Anm. ..., Rn. ...

Cian, Giorgio; Trabucchi, Alberto
Commentario breve al codice civile, Complemento giurisprudenziale
5. ed., Padova, 2001
Zitiert: Cian/Trabucchi, Complemento giurisprudenziale, Art. ..., Anm. ...,
Rn. ...

Clausole vessatorie e contratto del consumatore (Artt. 1469 - *bis* e ss.)
a cura di Ernesto Cesàro,
Vol. I, 3. ed., Padova, 2001
Zitiert: Cesàro/Bearbeiter, Art. ..., S. ...

Codice del consumatore e dell'utente, normativa, giurisprudenza,
a cura di Giuseppe De Marzo
Milano, 2000
Zitiert: Codice del consumatore e dell'utente, S. ...

Coester-Waltjen, Dagmar
Änderungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Jura 1997, 272 ff.

Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, Art. 1469-*bis* – 1469-*sexies*,
a cura di Cesare Massimo Bianca e Francesco Donato Busnelli
Padova, 1999
Zitiert: Bianca/Busnelli/Bearbeiter, Art. ..., S.

Comoglio, Luigi Paolo
Le prove
in: Trattato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, Vol. XIX, Tutela dei diritti I, Torino, 1985
Zitiert: Comoglio, Le prove, Trattato Rescigno XIX, S. ...

Cordopatri, Franco
Presunzione, Teoria generale e diritto processuale civile
in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Vol. XXXV (Prerogative – Procedimento), Torino, 1986, S. 274 ff.
Zitiert: Cordopatri, Presunzione, Teoria generale e diritto processuale civile, Enc. dir. XXXV, S. ...

Däubler-Gmelin, Herta
Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform
NJW 2001, 2281 ff.

Damm, Reinhard
Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht
JZ 1994, 161 ff.

Danese, Emilia
Commento alla direttiva 93/13/CEE sulle condizioni generali di contratto e le clausole abusive. Una prospettiva per l'attenzione nell'ordinamento interno
Responsabilità civile e previdenza 1995, 427 ff.

Das Recht der Europäischen Union
hrsg. von Eberhard Grabitz und Meinhard Hilf
Teil I Primärrecht, EGV, EUV, Maastrichter Vertrag, bearbeitet von Rüdiger Bandilla ...
Teil II Sekundärrecht, Abschnitt A. EG-Verbraucher- und Datenschutzrecht
hrsg. von Manfred Wolf
Teil A 5 – Klauseln in Verbraucherverträgen (RL 93/13/EWG), kommentiert von Thomas Pfeiffer
13. Ergänzungslieferung 1999
Zitiert: Grabitz/Hilf/Bearbeiter, EGV, Art. ..., Rn. ... bzw. Grabitz/Hilf/Bearbeiter, Teil ..., Art. ...Rn. ...

Dauner-Lieb, Barbara
Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuß?
JZ 2001, 8 ff.

Dauner-Lieb, Barbara
Die Schuldrechtsreform – Das große juristische Abenteuer
DStR 2001, 1572 ff.

Dausies, Manfred; Sturm, Michael
Rechtliche Grundlagen des Verbraucherschutzes im EU-Binnenmarkt
ZfRV 1996, 133 ff.

Denti, Vittorio
L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi
Rivista trimestrale del diritto e procedura civile 1992, 709 ff.

Donatuti, Guido
Le praesumptiones iuris in diritto romano
Perugia, 1930

Dossetto, Mario
Condizioni generali di contratto
in: Novissimo digesto italiano, diretto da Antonio Azara, Ernesto Eula, Vol.
III (Cat – Cond), Torino, 1959, S. 1109 ff.
Zitiert: Dossetto, Condizioni generali di contratto, Novissimo digesto
italiano III, S. ...

Eckert, Hans-Werner
Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ZIP 1996, 1238 ff.

Eckert, Hans-Werner
Der Referentenentwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie über
mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
ZIP 1994, 1986 ff.

Eckert, Hans-Werner
Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht
WM 1993, 1070 ff.

Eckert, Hans-Werner
Regierungsentwurf zur Änderung des AGB-Gesetzes
ZIP 1995, 1460 ff.

EG-Vertrag, Kommentar
hrsg. v. Carl-Otto Lenz, bearbeitet von Klaus-Diether Borchardt ...
2. Aufl., Köln, 1999
Zitiert: EG-Vertrag/Bearbeiter, Art. ..., Rn. ...

Endemann, W.
Die Beweislehre des Zivilprozesses
Heidelberg, 1860

Fabbrini, Giovanna

Presunzioni

in: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, 4. ed., Vol. XIV (Pos – Proced), Torino, 1996, S. 279 ff.

Zitiert: Fabbrini, Presunzioni, Digesto XIV, S. ...

Faillace, Stefano

Contratti stipulati con i consumatori

Contratto e impresa 1996, 359 ff.

Forchielli, Paolo

Clausole abusive e disciplina dell'interpretazione

in: Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di C. Massimo Bianca e Guido Alpa, Padova, 1996, S. 461 f.

Zitiert: Forchielli, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, S. ...

Freitag, Robert; Leible, Stefan

Ergänzung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Art. 29 a EGBGB

EWS 2000, 342 ff.

Frey, Kaspar

Wie ändert sich das AGB-Gesetz?

ZIP 1993, 572 ff.

Gabrielli, Enrico; Orestano, Andrea

Contratti del consumatore

in: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, 4. ed.,

Aggiornamento (A - Z), Torino, 2000, S. 225 ff.

Zitiert: Gabrielli/Orestano, Contratti del consumatore, Digesto Agg., S. ...

Galgano, Francesco

Diritto civile e commerciale

Vol. 4 La famiglia, le successioni, la tutela dei diritti, il fallimento

3. ed., Padova, 1999

Galgano, Francesco

Diritto privato

11. ed., Padova, 2001

Gärtner, Rudolf

Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht

BB 1995, 1753 ff.

Giampieri, Alberto

L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli stati dell'unione europea

Rivista di diritto civile, 1995, 551 ss.

Gottwald, Peter
Grundprobleme der Beweislastverteilung
Jura 1980, 225 ff.

Gottwald, Peter
Sonderregeln der Beweislastverteilung
Jura 1980, 303 ff.

Graziuso, Emilio
La tutela del consumatore contro le clausole abusive, mezzi rituali e irrituali
Milano, 2002

Greger, Reinhard
Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und
Wettbewerbsrecht
NJW 2000, 2457 ff.

Greger, Reinhard
Neue Regeln für Verbraucherschutzklagen im Verbraucherschutz- und
Wettbewerbsrecht
NJW 2000, 2457 ff.

Greger, Reinhard
Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises
VersR 1980, 1091 ff.

Guide juridique
Tome I (Absence – Commissionnaire priseur), Paris, 1999
Tome II (Commissaire du gouvernement – Endossement), Paris, 1999

Habersack, Mathias; Kleindiek, Detlef; Wiedenmann, Kai-Udo
Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
und das künftige AGB-Gesetz
ZIP 1993, 1670 ff.

Habscheid, Walther J.
Vermutungen im neuen Scheidungsrecht
in: Festschrift für F. W. Bosch zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Walther J.
Habscheid, Hans Friedhelm Gaul, Paul Mikat, Bielefeld, 1976, S. 355 ff.

Hart, Dieter
Verbraucherrechtliche Grundlagen des AGBG
Jura 2001, 649 ff.

Hedemann, Justus Wilhelm
Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reiches
Jena, 1904

Heinrichs, Helmut
Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes
NJW 1996, 2190 ff.

Heinrichs, Helmut
Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
NJW 1993, 1817 ff.

Heinrichs, Helmut
Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in
Verbraucherverträgen durch Auslegung
NJW 1995, 153 ff

Hippel, Eike von
Verbraucherschutz in Europa
RabelsZ 45 (1981), 353 ff.

Hommelhoff, Peter
Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung
AcP 192 (1992), 71 ff.

Hommelhoff, Peter; Wiedenmann, Kai-Udo
Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und
unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen
ZIP 1993, 562 ff.

Honsell, Heinrich
Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
JZ 2001, 18 ff.

Hopt, Klaus J.
Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und
Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)
Begründet von Adolf Baumbach
30. Aufl., München, 2000
Zitiert: Hopt, HGB, § ..., Rn. ...

Internationales Vertragsrecht
hrsg. von Christoph Reithmann und Dieter Martiny
5. Aufl., Köln, 1996
Zitiert: Reithmann/Martiny, Rn. ...

Jauernig, Othmar
Zivilprozeßrecht
27. Aufl., München, 2002
Zitiert: Jauernig, § ...

Kapnopoulos, Elissavet N.
Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union
Tübingen, 1997

Kaser, Max
Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische
Abteilung, Bd. 71, 1954, S. 221 ff.

Kaser, Max; Hackl, Karl
Das römische Zivilprozeßrecht
2. Aufl., München, 1996

Klaas, Christoph
Zur EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
in: Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Gerd
Pfeiffer, Joachim Kummer und Silke Scheuch, Köln, 1996

Koch, Robert
Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gestaltung der AGB
WM 2002, 2174 ff. u. 2218 ff.

Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz
hrsg. v. Hans-Joachim Musielak
3. Aufl., München, 2002
Zitiert: Musielak/Bearbeiter, ZPO, § ..., Rn. ...

Kraus, Steffen
Der Anwendungsbereich des neuen § 24a AGBG
in: Dem Baurecht ein Forum, Festschrift für Götz von Craushaar zum 65.
Geburtstag, hrsg. v. Klaus Vygen und Peter Böggening, Düsseldorf, 1997

Kropholler, Jan
Europäisches Zivilprozeßrecht
5. Aufl., Heidelberg, 1996

La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile
Commentario a cura di Andrea Barenghi, in collaborazione con G.M.
Armone ed altri, Napoli, 1996
Zitiert: Barenghi/Bearbeiter, Art. ..., S. ...

Larroumet, Christian
Droit civil
Vol. 3 Les obligations, le contrat, 3. ed., Paris, 1996

Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori
Commentario agli articoli 1469-*bis* – 1469-*sexies* del codice civile
a cura di Guido Alpa e Salvatore Patti
Zitiert: Alpa/Patti/Bearbeiter, Art. ..., S. ...

Leipold, Dieter
Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen
Berlin, 1966

Lener, Giorgio
La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori
Il foro italiano 1996, 145 ss.

Locher, Horst
Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
3. Aufl., München, 1997

Luiso, Francesco Paolo
Diritto processuale civile
Volume I Principi generali, 2. ed., Milano, 1999
Volume II Il processo di cognizione, 2. ed., Milano, 1999
Volume IV I processi speciali, 2. ed., Milano, 1999

Marzio, Fabrizio di
Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore
Giustizia civile 1996, 513 ff.

Michalski, Lutz
Änderung des AGB-Gesetzes durch die EG-Richtlinie über mißbräuchliche
Klauseln in Verbraucherverträgen
DB 1994, 665 ff.

Micheli, Gian Antonio
L'onere della prova
Padova, 1966 (Ristampa)

Micklitz, Hans-W.
AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln
in Verbraucherverträgen
ZEuP 1993, 525 ff.

Micklitz, Hans-W.
Richtlinie 93/13, AGB-Gesetz und Europarecht, S. 1 ff.

Micklitz, Hans-W.; Brunetta d' Usseaux, Francesca
Die Umsetzung der Richtlinie 93/13 in das italienische Recht
ZEuP 1998, 104 ff.

Micklitz, Hans-W.; Reich, Norbert
Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union – Perspektiven
für 1993
EuZW 1992, 593 ff.

Morello, Umberto
Commento,
Il Notariato 1996, 287 ff.

Morello, Umberto
Condizioni generali di contratto
in: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, 4. ed., Vol. III
(Com – Cons), Torino, 1988, S. 334 ff.
Zitiert: Morello, Condizioni generali di contratto, Digesto III, S. ...

Müller-Graff, Peter-Christian
Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht
NJW 1993, 13 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
hrsg. v. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker
Band 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241 – 432
4. Aufl., München, 2003
Zitiert: Münchener Kommentar/Bearbeiter, BGB, 4. Aufl., § ..., Rn. ...

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
hrsg. v. Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker
Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, AGB-Gesetz
3. Aufl., München, 1993
Zitiert: Münchener Kommentar/Bearbeiter, BGB, 3. Aufl., § ..., Rn. ...

Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit
Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen
hrsg. v. Gerhard Lücke und Peter Wax,
Band 1, §§ 1 – 354 ZPO, 2. Aufl., München, 2000

Musielak, Hans-Joachim
Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeßrecht
Berlin, 1975

Musielak, Hans-Joachim; Stadler, Max
Grundfragen des Beweisrechts
München, 1984

Nasall, Wendt
Die Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in
Verbraucherverträgen
JZ 1995, 689 ff.

Nova, Giorgio de
Le condizioni generali di contratto
in: Trattato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, Vol. X,
Obbligazioni e contratti, Torino, 1988, S. 101 ff.
Zitiert: De Nova, Le condizioni generali di contratto, Trattato Rescigno X,
S. ...

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Gesetz
zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Fernabsatzgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von
Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz über die Veräußerung
von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtgesetz –
TzWrG), Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 Abs. 2 WKSchG),
Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung,
Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, bearbeitet von Peter
Bassenge u.a.
60. Aufl., München, 2001
Zitiert: Palandt/Bearbeiter, BGB, 60. Aufl., § ..., Rn. ...

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug),
Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz,
Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung,
Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug), bearbeitet von
Peter Bassenge u.a.

62. Aufl., München, 2003

Zitiert: Palandt/Bearbeiter, BGB, 62. Aufl., § ..., Rn. ...

Palazzo, Antonio

Presunzione, Diritto privato

in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Vol. XXXV

(Prerogative – Procedimento), Torino, 1986, S. 265 ff.

Zitiert: Palazzo, Presunzione, Diritto privato, Enc. dir. XXXV, S. ...

Pardolesi, Roberto

Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): Una direttiva abusata?

in: Studi in memoria di G.Gorla, Vol. II, Milano 1994, S. 1469 ff.

Pardolesi, Roberto

Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l' attuazione di una direttiva
abusata

Rivista critica di diritto privato 1995, 523 ff.

Patti, Guido; Patti, Salvatore

Responsabilità precontrattuale e contratti standard, Artt. 1337 – 1342 c.c.

in: Il Codice Civile Commentario, diretto da Piero Schlesinger, Torino,
1993

Patti, Salvatore

Der Schutz des Konsumenten vor mißbräuchlichen Klauseln im
italienischen Recht

in: Jahrbuch für italienisches Recht, Band 10, Heidelberg, 1997

Patti, Salvatore

La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni

Contratto e impresa 1993, 71 ff.

Patti, Salvatore

La direttiva sulle clausole abusive e i limiti del processo di armonizzazione
del diritto privato in Europa. Alcune brevi considerazioni e una proposta

in: Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: attuazione
della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di C. Massimo Bianca e
Guido Alpa, Padova, 1996, S. 587 ff.

Zitiert: Patti, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, S.

...

Patti, Salvatore

Prove, Disposizioni generali, Art. 2697 - 2698

in: Commentario del Codice Civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca,
Bologna, 1987

Pfeiffer, Thomas
Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr
NJW 1999, 169 ff.

Prütting, Hans
Gegenwartsprobleme der Beweislast
München, 1983

Reggi, Roberto
Presunzione, Diritto romano
in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Vol. XXXV
(Prerogative – Procedimento), Torino, 1986, S. 253 ff.
Zitiert: Reggi, Presunzione, Diritto romano, Enc. dir. XXXV, S. ...

Reichert-Facilides, Fritz
Einführung in die Thematik „Internationales Verbraucherrecht“
in: Internationales Verbraucherschutzrecht, Erfahrungen und Entwicklungen
in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz,
hrsg. v. Anton K. Schneyder, Helmut Heiss und Bernhard Rudisch,
Tübingen, 1995

Reinhardt, Michael
Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht
NJW 1994, 93 ff.

Remien, Oliver
AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche
Verbrauchervertragsklauseln im europäischen Umfeld
ZEuP 1994, 34 ff.

Rizzo, Vito
Le clausole „abusive“ e la proposta di attuazione della direttiva comunitaria;
alcune considerazioni
in: Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: attuazione
della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di C. Massimo Bianca e
Guido Alpa, Padova, 1996, S. 537 ff.
Zitiert: Rizzo, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori,
S. ...

Rizzo, Vito
Le clausole „abusive“: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile
1993
Rassegna di diritto civile 1993, 582 ff.

Romagnoli, Gianluca
Clausole vessatorie e contratti d'impresa
Padova, 1997

Roppo, Vincenzo
Clausole vessatorie (nuova normativa)
Vortrag, gehalten in Mailand im Oktober 1996
Zitiert: Roppo, Clausole vessatorie, S. ...

Roppo, Vincenzo
La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori
Rivista di diritto civile 1994, Parte I, 277 ff.

Rosenberg, Leo
Die Beweislast
4. Aufl., München, 1956

Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; Gottwald, Peter
Zivilprozeßrecht
15. Aufl., München, 1993
Zitiert: Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. ...

Roth, Wulf-Henning
Europäischer Verbraucherschutz und BGB
JZ 2001, 475 ff.

Sacco, Rodolfo
Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova
Rivista di diritto civile 1957, Parte Prima, 399 ff.

Salanitro, Niccolo
La direttiva comunitaria sulle „clausole abusive“ e la disciplina dei contratti bancari
Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1993, I, 545 ff.

Salvestroni, Umberto
Principi o clausole generali, clausole „abusive“ o „vessatorie“ e diritto comunitario
Rivista del diritto commerciale 1995, 11 ff.

Salvestroni, Umberto
Principi o clausole generali, clausole „abusive“ o „vessatorie“ e diritto comunitario
in: Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di C. Massimo Bianca e Guido Alpa, Padova, 1996, S. 545 ff.
Zitiert: Salvestroni, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, S. ...

Santosuosso, Daniele Umberto
Prime note a commento della disciplina sui contratti del consumatore (con particolare riferimento alla intermediazione mobiliare)
Legge 6 febbraio 1996, n. 52, art. 25 – attuazione della direttiva n. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori
Giurisprudenza commerciale 1996, 1003 ss.

Scalfi, Gianguido

La direttiva del consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori

Responsabilità civile e previdenza 1993, 435 ff.

Scardaccione, Aurelio

Le prove

Torino, 1965

Schellhammer, Kurt

Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil

5. Aufl., Heidelberg, 2003

Schlosser, Peter F.

EuGVÜ - Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme

München, 1996

Schmidt, Eike

Verbraucherschützende Verbandsklagen

NJW 2002, 25 ff.

Schmidt-Salzer, Joachim

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen

Geschäftsbedingungen

NJW 1977, 129 ff.

Schmidt-Salzer, Joachim

Recht der AGB und der mißbräuchlichen Klauseln: Grundfragen

JZ 1995, 223 ff.

Schneider, Egon

Beweis und Beweiswürdigung

5. Auflage, München, 1994

Schröder, Rainer

Rechtsgeschichte

4. Aufl., Münster, 1992

Schwab, Karl Heinz

Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie

in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, hrsg. v.

Wolfgang Frisch und Werner Schmid, Köln, 1978

Schweitzer, Michael; Hummer, Waldemar

Europarecht

5. Aufl., Neuwied, 1996

Sciancalepore, Giovanni

Convegno su „Condizioni generali di contratto e direttiva CEE“

Rassegna di diritto civile 1993, 725 ff.

Sciarrone Alibrandi, Antonella
Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)
Banca, borsa e titoli di credito 1993, 713 ff.

Stein; Jonas
Zivilprozeßordnung,
Band 3, §§ 253 – 299a,
21. Aufl., Tübingen, 1997
Zitiert: Stein/Jonas (Bearbeiter), ZPO, § ..., Rn. ...

Streit, Arnold
Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
NJW 1994, 555 ff.

Stürner, Rolf
Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und
Arzthaftungsprozeß
NJW 1979, 1225 ff.

Taruffo, Michele
Onere della prova
in: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, 4. ed., Vol. XIII
(Oc – Por), Torino, 1995, S. 65 ff.
Zitiert: Taruffo, Onere della prova, Digesto XIII, S. ...

Taruffo, Michele
Presunzioni, inversioni, prova del fatto
Rivista trimestrale del diritto e procedura civile 1992, 733 ff.

Taruffo, Michele
Prova (in generale)
in: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, 4. ed., Vol. XVI
(Pros – Resc), Torino, 1997, S. 3 ff.
Zitiert: Taruffo, Prova, Digesto XVI, S. ...

Tonner, Klaus
Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen
Zivilrechts
JZ 1996, 533 ff.

Torrente, Andrea; Schlesinger, Piero
Manuale di diritto privato
16. ed., Milano, 1999

Trocker, Nicolo
Processo civile e costituzione
Milano, 1974

Troiano, Stefano

L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola „non oggetto di negoziato individuale“

in: Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di C. Massimo Bianca e Guido Alpa, Padova, 1996, S. 587 ff.

Zitiert: Troiano, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, S. ...

Ulmer, Peter

Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk

JZ 2001, 491 ff.

Ulmer, Peter

Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

EuZW 1993, 337 ff.

Ulmer, Peter; Brandner, Erich; Hensen, Horst-Diether; Schmidt, Harry
AGB-Gesetz

8. Aufl., Köln, 1997

Zitiert: Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen, 8. Aufl., § ..., Rn. ...

Ulmer, Peter; Brandner, Erich; Hensen, Horst-Diether; Schmidt, Harry
AGB-Gesetz

9. Aufl., Köln, 2001

Zitiert: Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § ..., Rn. ...

Verde, Gian Antonio

L'inversione degli oneri probatori nel processo

Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1992, 715 ff.

Verde, Gian Antonio

L'onere della prova nel processo civile

Napoli, 1974

Verde, Gian Antonio

Prova, b) Teoria generale e diritto processuale

in: Enciclopedia del diritto, diretto da Angelo Falzea, Vol. XXXVII (Proliferazione – Punti franchi), Torino, 1988, S. 579 ff.

Zitiert: Verde, Prova, Teoria generale e diritto processuale, Enc. dir. XXXVII, S. ...

Wagner-Wieduwilt, Klaus

EG-Vorschlag für eine AGB-Richtlinie

Die Bank 1990, 710 ff.

Westpahlen, Friedrich Graf von

AGB-Recht in BGB – Eine erste Bestandsaufnahme

NJW 2002, 12 ff.

Westphalen, Friedrich Graf von
AGB-Richtlinie von AGB-Gesetz
EWS 1993, 161 ff.

Westphalen, Friedrich Graf von
Die Entwicklung des AGB-Rechts im Jahr 2001
NJW 2002, 1688 ff.

Westphalen, Friedrich Graf von
Die Novelle zum AGB-Gesetz
BB 1996, 2101 ff.

Wieacker, Franz
Römische Rechtsgeschichte, Erster Abschnitt
München, 1988

Willemssen, Heinz Josef
Schutz des Verbrauchers vor Aufrechterhaltung unwirksamer AGB-
Klauseln als „Individualvereinbarungen“
NJW 1982, 1121 ff.

Wolf, Manfred; Horn, Norbert; Lindacher, Walter F.
AGB-Gesetz
4. Aufl., München, 1999
Zitiert: Bearbeiter in Wolf/Horn/Lindacher, § ..., Rn. ...

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen
begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach,
nunmehr verfaßt von Jan Albers und Peter Hartmann
60. Aufl., München, 2002
Zitiert: Baumbach/Lauterbach/Bearbeiter, ZPO, § ..., Rn. ...

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungs-
gesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen,
Kostenanmerkungen - Kommentar
begründet von Richard Zöllner, bearbeitet von Reinhold Geimer u.a.,
23. Aufl., Köln, 2002
Zitiert: Zöllner/Bearbeiter, ZPO, § ..., Rn. ...

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetz
erläutert von Heinz Thomas, Hans Putzo, Klaus Reichhold und Rainer
Hüßle
24. Aufl., München, 2002
Zitiert: Thomas/Putzo/Bearbeiter, ZPO, § ..., Rn. ...

Zoller, Edgar
Voraussetzungen und Rechtsnatur deklaratorischer AGB im Sinne des § 8
ABGB
BB 1987, 421 ff.

LEBENS LAUF

PERSÖNLICHE DATEN

Vorname, Name: Cora Steinringer
Geburtstag u. -ort: 07.02.1970, Neuss
Wohnsitz: Marienstrasse 82, 41462 Neuss
Staatsangehörigkeit: deutsch

AUSBILDUNG, HOCHSCHULSTUDIUM UND EXAMINA

1989 Abitur am Nelly-Sachs-Gymnasium, Neuss
1989 - 1995 Universität Trier, Fachbereich Rechtswissenschaften
während dessen
Zweijährige Fachspezifische Fremdsprachenausbildung in Englisch
Zweijährige Fachspezifische Fremdsprachenausbildung in Italienisch
Universität Ferrara (Italien), Juristische Fakultät
(Studienaufenthalt im Rahmen des Erasmus-Programms - 1992/1993)
1995 Erstes Staatsexamen (Trier)
1995 - 1997 Referendarzeit:
Amtsgericht Düsseldorf
Staatanwaltschaft Düsseldorf
Stadtverwaltung Kamp-Lintfort
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
Rechtsanwaltskanzlei Grooterhorst in Düsseldorf
Rechtsanwaltskanzlei Prof. Avv. Salvatore Patti in Rom
1997 Zweites Staatsexamen (Düsseldorf)
1997 - 2003 Promotion mit dem Titel " Beweisrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes bei allgemeinen oder für den Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen im italienischen und deutschen Recht“ bei an der Universität Regensburg
(Mündliche Prüfung: 19. Dezember 2002)

BERUFSERFAHRUNG

1997 – 2001 Rechtsanwältin (seit 1998) in der Kanzlei von Herrn Rechtsanwalt und Avvocato Dr. Matthias Alessandro Strauß in München
2001 - 2003 Rechtsanwältin (mit Zulassung in München) in der Kanzlei Pirola Pennuto Zei & Associati (Landwell) in Mailand
Neuss, den 31.10.2003